

UNIVERSIDAD DE OVIEDO
-Facultad de Derecho-

LA PENSION POR DESEQUILIBRIO ECONOMICO
EN LOS CASOS DE SEPARACION Y DIVORCIO:
ESPECIAL CONSIDERACION
DE SUS PRESUPUESTOS DE OTORGAMIENTO

Por: M^a Herminia Campuzano Tomé
Licenciada en Derecho por la Universidad de Oviedo

Trabajo presentado como Tesis
para optar al grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Oviedo

Director: Doctor D. Eduardo Serrano Alonso
Catedrático de Derecho Civil

Oviedo, junio 1985

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A.A.M.N.	Anales de la Academia Matritense del Notariado
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil
A.J.	Actualidad Jurídica
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts civiles de la Cour de Cassation
C.A.E.	Comisión de Asuntos Europeos
Chron.	Chronique
C.N.R.S.	Centre National de la Recherche Scientifique
D.	Decrét
D.J.	Documentación Jurídica
D.H.	Dalloz Hebdomadaire
Dir. e Giur.	Diritto e Giurisprudenza
Dir. fam. e pers.	Diritto di famiglia e delle persone
For. it.	Foro italiano
Gazz. Pal.	Gazette du Palais
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. Mer.	Giurisprudenza Merito
Giust. Civ.	Giustizia Civile
H. R.	Hoge Raad (Alto Tribunal de los Países Bajos)
I.R.	Informations Rapides
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique
J.O.	Journal Officiel
L.	Loi
Leg.	Legislation
Nss. Dig. it.	Novissimo Digesto italiano
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
Recueil D.S.	Recueil Dalloz-Sirey
Rev. Belg. Sec. Soc.	Revue Belge de Sécurité Social
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho inmobiliario
R.D.P.	Revista de Derecho Privado
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. Dir. Comm.	Rivista di Diritto Commerciale
Riv. Dir. e Proc. Civ.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
R.G.D.	Revista General del Derecho
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Rev. Inst. Dr. Comp.	Revista del Instituto de Derecho Comparado
Rev. Int. Dr. Comp.	Revue Internationale de Droit Comparé
R.J.C.	Revista Jurídica de Cataluña
Rev. Trim. Dr. Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil

I N T R O D U C C I O N

Una de las principales manifestaciones de la fuerza que, a través de los tiempos, ha ido alcanzando la institución matrimonial, la encontramos en la capacidad -reconocida tradicionalmente en todos los Ordenamientos- de producir efectos incluso después de su disolución. El matrimonio, en cuanto institución jurídica en la que se desarrollan un sinnúmero de actividades tanto personales como patrimoniales, proyecta sus efectos más allá del período de su vigencia, determinando que al momento de su ruptura aparezcan nuevas relaciones jurídicas fuertemente condicionadas por él. Se constituye, así, la relajación del vínculo matrimonial -ya sea en virtud de la separación o del divorcio- en fuente de nuevas situaciones, distintas a las existentes durante el matrimonio pero cuyas raíces se reconducen al desenvolvimiento de la vida conyugal.

La separación o el divorcio, en cuanto situaciones de crisis matrimonial, si bien pueden llegar a zanjar definitivamente las relaciones personales entre los cónyuges, no pueden, por el contrario, hacer desaparecer de forma automática el entramado de intereses económicos que regían sus relaciones patrimoniales. De esta forma, se hace necesario arbitrar mecanismos que permi-

tan a los esposos reglar sus intereses pecuniarios al sobrevenir la ruptura del vínculo matrimonial.

Las consecuencias patrimoniales que tal ruptura puede originar en la posición económica de los esposos ha sido motivo de honda y constante preocupación por parte de los legisladores. Ya desde la época antigua se evidenciaba esta inquietud; se pretendía que los cónyuges -particularmente el llamado "inocente", a quien se consideraba como la víctima de un fracaso en el cual no había intervenido y a quien se imaginaba desprovisto de medios para continuar llevando una vida digna- no cayeran en la necesidad una vez deshecho el matrimonio. La inquietud se centraba fundamentalmente en la búsqueda de instrumentos adecuados con los que hacer frente a la indefensión del esposo más débil económicamente. En la búsqueda de tales instrumentos, se partía de la idea de que la desaparición del matrimonio entrañaba -por regla general- la desaparición del deber de socorro a que los cónyuges venían obligados durante el mismo, debiendo, tal ausencia ser compensada a través de otras ayudas financieras.

Uno de los principales obstáculos con los que se han encontrado los legisladores a la hora de elegir las prestaciones adecuadas, es el de la asignación a las mismas de un fundamento que permita justificar su entre-

ga. Salvando estas dificultades, y, tomando conciencia del problema, han ido arbitrando sistemas diversos de pensiones posteriores a la ruptura del matrimonio, basadas, bien en la necesidad del cónyuge menos poderoso económicamente, siempre que fuera parte inocente en la ruptura, bien -dando un paso adelante- arbitrando mecanismos de protección a través de pensiones, al margen de cualquier referencia a la culpabilidad. Paulatinamente se ha ampliado la extensión de la ayuda financiera a todos aquellos casos en los que la separación o divorcio origina algún desequilibrio económico en la posición de los esposos. En la mayor parte de las legislaciones modernas se han instaurado sistemas de pensión dirigidas, no a soslayar el estado de necesidad de los cónyuges, sino a mantener el nivel de vida que disfrutaban durante el matrimonio, evitando que la separación o el divorcio provoque en alguno de ellos un desequilibrio patrimonial en relación con dicha situación y con la que va a mantener el otro esposo en el futuro.

Es el Sistema que, con carácter innovador, ha acogido el legislador español en virtud de la Ley 30/1981 de 7 julio. En el nuevo art. 97 C.c. se consagra en nuestro Ordenamiento una figura de pensión posterior a la separación y al divorcio, carente de precedentes en el Derecho español, y cuyos presupuestos jurídicos esenciales nada tienen que ver con las pensiones que,

para tales casos, venían siendo otorgadas. Dejando a un lado la culpabilidad, se ha considerado oportuno construir una institución que -al modelo de la prestación compensatoria francesa y del "assegno di divorzio" italiano- tienda a restablecer el desequilibrio económico que la separación o divorcio puede provocar en la posición de alguno de los cónyuges.

Este carácter innovador que la regulación de la pensión por separación o divorcio establece en el citado artículo 97 C.c., unido al dato objetivo de la falta de material bibliográfico específicamente español sobre la materia, fueron las razones iniciales que me llevaron a investigar monográficamente sobre esta figura. Con el paso del tiempo, a tales motivaciones se añadió una tercera, de tanta o mayor relevancia: la comprobación de la importancia práctica de la cuestión y la frecuente inseguridad de argumentos en que se basan las resoluciones judiciales que hasta el momento se han dictado sobre el tema. Por ello en gran medida y, seguramente, con bastante inmodestia, una de las aspiraciones de mi labor es poder aportar ideas para solucionar cuestiones de la realidad judicial matrimonial.

A diferencia del resto de los Ordenamientos que han adoptado este Sistema, nuestro legislador ha reunido en una sola figura la pensión de separación y

divorcio. Tanto en una como en otra situación de crisis, se prevé -caso de concurrir los presupuestos exigidos- la entrega de una pensión por desequilibrio económico. Extraña, por ello, que el legislador, a la hora de construir tal institución, sólomente haya tomado en consideración los rasgos característicos de las pensiones que otras legislaciones hacen atribuir únicamente al divorcio. Para la separación, tanto en la legislación francesa como en la italiana, se regulan pensiones distintas a las de divorcio, siendo éstas últimas las que han servido de modelo a nuestra pensión. Es por ello, por lo que, a lo largo de este estudio he centrado la atención con mayor intensidad en la problemática que la pensión por desequilibrio desencadena en torno al divorcio.

El lector atento observará que, frente al procedimiento tradicional seguido en la elaboración de Tesis Doctorales, en mi estudio faltan epígrafes clásicos como la "Evolución histórica" y la "Naturaleza jurídica" de la pensión. Ambas omisiones han sido realizadas de forma consciente y no constituyen, en modo alguno, ni un olvido ni una carencia de material disponible. Las razones que me han llevado a esta supresión son distintas en uno y otro caso.

Por lo que atañe a la evolución histórica, las razones son obvias; nos encontramos ante una institución

nueva, sin precedentes en nuestro Ordenamiento, con unas peculiaridades y rasgos propios. Carecería de todo sentido tratar de buscar la evolución y los antecedentes históricos de una figura que no los tiene y cuyo advenimiento a nuestro Ordenamiento ha tenido lugar siguiendo las huellas de las más modernas pensiones recogidas en las legislaciones comparadas. Si bien es cierto que -como ya apunté- la preocupación de los legisladores, tanto españoles como extranjeros, por la regulación adecuada de las consecuencias patrimoniales derivadas de la separación o divorcio, trae su origen de la antigüedad; así como no lo es menos que, a través de los tiempos, se han venido arbitrando mecanismos de protección destinados a salvaguardar la posición económica del cónyuge más débil, y ello se ha hecho a través de pensiones, las diferencias sustanciales que separan a éstas con la actual pensión por desequilibrio hacen que no puedan ser consideradas como antecedentes suyos. La eliminación de la culpabilidad y la adopción, en su lugar, de presupuestos objetivos, unido a la ampliación de la finalidad de la nueva pensión, que va más allá de la mera necesidad de los cónyuges, hacen que nos hallemos ante una pensión carente de evolución histórica, o al menos, en la que su historia no aporte datos nuevos para su comprensión.

Más extraña puede resultar la omisión de la naturaleza jurídica de la pensión; máxime, teniendo en

cuenta que, sin duda, es una de las cuestiones que mayor polémica ha suscitado en la doctrina. Con tal omisión no he pretendido, en absoluto, negar la importancia que el carácter alimenticio, compensatorio o indemnizatorio pueden alcanzar en la estructura y configuración de la pensión. Contrariamente, entiendo que la delimitación intrínseca de esta figura depende, en gran medida, de la solución a que se llegue.

No obstante, teniendo presente esta importancia, he considerado más oportuno deducir el carácter compensatorio de la pensión por desequilibrio utilizando instrumentos distintos de la naturaleza jurídica. Tal carácter compensatorio -obviando discusiones doctrinales en muchos casos estériles- puede extraerse del fundamento y de los presupuestos de otorgamiento de la pensión. Es precisamente este punto el que se configura como el pilar básico de este trabajo y al que he dedicado un mayor esfuerzo interpretativo.

Dentro del capítulo dedicado a los presupuestos de otorgamiento de la pensión me he marcado como meta principal, precisar el sentido del que, en nuestro Código, aparece como presupuesto básico: el desequilibrio económico. A través de diversos argumentos he llegado a atribuirle un carácter subjetivo en virtud del cual puede afirmarse que la atribución de la pensión viene

dada -además de por el hecho objetivo de la situación económica en que los cónyuges se encuentran al momento del divorcio- por las circunstancias que han configurado la vida del matrimonio; así, circunstancias tales como, por ejemplo, la dedicación prestada a la familia o la colaboración en la actividad profesional del otro cónyuge, no pueden ser tomadas en consideración sólomente a efectos de determinación de la cuantía de la pensión, sino que, por el contrario, han de actuar como elementos integrantes del propio desequilibrio económico. Estos criterios, entre otros, son los que van a servir para determinar si la separación o divorcio origina en uno de los cónyuges un desequilibrio económico susceptible de hacerle acreedor de una pensión. De ello se deduce que tal pensión será otorgada fundamentalmente con la finalidad de compensar a aquél de los esposos que, en razón de las circunstancias que rodearon la vida matrimonial, se ve, al momento de la separación o divorcio en una posición económica deteriorada.

Expuestas las razones de esta doble omisión, debo poner de relieve la especial atención dedicada en este estudio al momento en que ha de ser apreciado el desequilibrio económico. Como quedará comprobado a lo largo de la exposición, el problema surge en razón del sistema de divorcio acogido por el legislador español. Este ha traído a nuestro Ordenamiento el llamado divor-

cio-remedio basado en el hecho objetivo del "cese efectivo de la convivencia conyugal"; debido a ello, desde el momento en que se produce la ruptura de la convivencia hasta el momento en que se dicta la sentencia de divorcio transcurren períodos de tiempo, más o menos largos, según el tipo de divorcio que se solicite. Consecuentemente, transcurridos estos períodos, y llegado el momento de decretar el divorcio, se plantea la difícil cuestión de determinar cuál es el momento en el que ha de ser apreciado el desequilibrio económico. Por las razones que en su lugar expongo, entiendo que tal momento no es otro que el de la cesación de la vida conyugal, esto es, el momento en que se produce la ruptura del período de normalidad del matrimonio.

Sentado el carácter compensatorio de la pensión, sus presupuestos de otorgamiento así como el momento en que el desequilibrio económico ha de ser apreciado, he desarrollado posteriormente extremos importantes que contribuyen a completar los rasgos caracterizadores de la pensión y que, ante la imprecisión legal, aparecen confusos: la modalidad de pago de la pensión, la sustitución de la forma normal de pago, en renta, por otras modalidades, la revisión y modificación de la pensión, las garantías que pueden arbitrarse para asegurar su satisfacción, las causas por las que pueden extinguirse, no solamente las expresamente recogidas por el

Código sino también otras que, aún no mencionadas, hacen cesar los derechos de carácter patrimonial dentro de los cuales queda enmarcado el derecho a pensión, y, por último, la transmisibilidad pasiva de la pensión que, aún a la muerte del obligado a su entrega, subsiste a cargo de sus herederos.

He puesto de relieve en líneas precedentes las fuentes de inspiración del legislador español. Se explica así que para comprender la regulación de la pensión en el derecho español, es ineludible la referencia, tanto al derecho francés como al italiano y, en menor medida, al derecho alemán; el estudio de todos ellos permite precisar el contenido de la norma española y, sobre todo, completar las omisiones que la misma presenta.

El examen de las legislaciones comparadas, si bien ha cobrado una importancia notable en este trabajo, se ha realizado sin perder de vista que, tanto la realidad económica y cultural de los países tomados como referencia, como, concretamente los presupuestos de los que parten para la configuración de sus pensiones, guardan notables diferencias con la realidad económico-social española y con nuestro Sistema matrimonial. No obstante, quizá sean estas diferencias las que hagan aún más interesante tal estudio comparativo; a través de él

queda patente la "inmadurez" del legislador patrio que, sin más objetivo que traer a nuestro Código figuras nuevas al estilo de las más avanzadas legislaciones, no se ha preocupado de adaptarlas a nuestro Derecho.

CAPITULO I

**CONCEPTO, FUNDAMENTO Y DISTINCION
DE LA PENSION CON OTRAS FIGURAS AFINES**

La pensión por desequilibrio económico, objeto del presente trabajo, aparece regulada en nuestro Código civil, dentro del Capítulo IX del Título IV del Libro I, bajo la rúbrica "DE LOS EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO", en los arts. 97, 99, 100 y 101. Es fruto de la Reforma introducida en nuestro Derecho por Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el C.c. y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Extraña, el hecho de que esta institución haya quedado incluida dentro de los efectos comunes a los tres supuestos matrimoniales -nulidad, separación y divorcio- puesto que sólomente opera respecto a los dos últimos; para la nulidad, el legislador ha articulado en el art. 98 otra figura, también nueva, conocida con el nombre de indemnización (1).

(1) En opinión de SANZ DE ALBA, "el hecho de que el C.c. regule conjuntamente los efectos de estas tres nociones, no deja de ser criticable ya que en realidad se trata de tres instituciones diferentes y la Ley tiende a una enumeración exhaustiva y general, lo

La pensión puede ser fijada por los propios cónyuges, a través del Convenio Regulador previsto en el art. 90 para los casos en que los esposos presenten la demanda de común acuerdo, o bien, en caso de que no sea así, por el Juez conforme a lo establecido en los arts. 97 y ss. Tal regulación puede tacharse de defectuosa debido a que, por una parte -como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de la exposición- deja sin resolver cuestiones importantes, y por otra, las que regula lo hace de forma poco clara.

La novedad de la institución, unida a la ausencia de una Jurisprudencia abundante y definida, hace difícil la labor de deslindar de forma precisa su entorno. Nos encontramos ante una institución nueva, sin precedentes en nuestro Ordenamiento, con unas características y peculiaridades propias, distintas a las del resto de las pensiones que hasta el momento venían siendo otorgadas en los supuestos de crisis matrimoniales. A diferencia de éstas, en las que la culpabilidad o inocencia del esposo que las solicitaba venía a configurarse como el presupuesto básico, en la pensión por desequi

que entraña una redacción defectuosa" SANZ DE ALBA, P.: "La question du divorce en Espagne. Une evolution en vole d'achevement". Rev. Int. Dr. Comp. 1981, p. 87.

librio el presupuesto viene determinado por hechos objetivos. En consecuencia, el párrafo 1º del art. 97, establece que a dicha pensión tendrá derecho "el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio...".

Dos son, pues, los elementos integrantes del supuesto de hecho de la norma:

- 1º. Que se decrete una separación o divorcio.
- 2º. Que como consecuencia de estas situaciones se derive para alguno de los cónyuges un desequilibrio económico.

I. DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES

Conviene, antes de entrar a examinar detalladamente la institución que nos ocupa, diferenciarla de otras figuras afines que, de una u otra forma, contribuyen a desdibujar su verdadero perfil. En concreto, de los alimentos y de la indemnización otorgada en caso de nulidad:

A) Pensión alimenticia y Pensión por desequilibrio

Como apunta GARCIA CANTERO (2), "desde un punto de vista práctico, el riesgo de desviación funcional de la pensión por desequilibrio económico estriba en confundirla con la pensión alimenticia de los artículos 30 y siguientes de la Ley de 1932".

La obligación de alimentos y la pensión por desequilibrio económico, son instituciones distintas que responden a presupuestos y fundamentos diferentes. La primera de ellas aparece regulada en nuestro Ordenamiento en los arts. 142 y ss y obedece a criterios de necesidad; nace con el fin de proveer lo indispensable para atender las exigencias vitales, tomando como base de otorgamiento las necesidades del que los solicita y los recursos del obligado a entregarlos. De forma distinta, la pensión encuentra su razón de ser en el desequilibrio económico experimentado por alguno de los esposos como consecuencia de la separación o divorcio. Tal desequilibrio, constituye un presupuesto más amplio que la nece-

(2) GARCIA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101" en Comentarios al C.c. y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBALADEJO. Edit. R.D.P., Madrid, 1982, p. 437.

sidad en cuanto destinado a cubrir, no sólo las necesidades vitales, sino también, y fundamentalmente, a restablecer o reparar el perjuicio económico derivado de la ruptura de la vida conyugal.

Como apunta la Sentencia de 19 de mayo de 1982 (3), "la pensión por desequilibrio económico es una

(3) Sent. 19 mayo 1982 del Juzgado de 1ª Inst. nº 15 de Barcelona. R.J.C. 1982, p. 1.013; en el mismo sentido se pronuncia la Sent. de 16 de Junio 1983 de la A.T. de Oviedo según la cual "...no cabe desconocer que la meritada pensión a que dicho precepto alude, como uno de los efectos que puede derivarse de la sentencia de separación o divorcio se configura como diferente a la deuda alimenticia, tanto por responder en su determinación a criterios distintos, cuanto porque en el marco de la vigente legalidad no es factible la coexistencia, en una situación de separación o divorcio, de la deuda de alimentos y la pensión a que el art. 97 alude, en razón del carácter exclusivo predicable de la segunda, en cuanto a los efectos pecuniarios entre los cónyuges separados o divorciados, por razón del matrimonio o convivencia conyugal, afirmación, que como la doctrina científica apunta, viene sustentada por dos tipos de razones; de una parte, porque en el cap. IX del Tít. IV del Libro I del C.c., referido a la nulidad, separación y divorcio, se contempla únicamente la pensión como eventual efecto de aquella situación omitiendo toda alusión a una posible deuda de alimentos, y de otra, desde un punto de vista conceptual, porque parece inviable mantener la coexistencia de estas dos figuras, ya que aun cuando la pensión represente una novedad en la medida que integra criterios y circunstancia que no venían recogidos legalmente para la deuda de alimentos, cumple una función en este orden, presentándose como integradora y superadora de la antigua deuda de alimentos...". Sent. de 16 de junio de la A.T. Oviedo.

figura jurídica de una naturaleza y unos requisitos de terminados, mucho más extensos que el único que se exige para la prestación alimenticia, de la proporcionalidad al caudal o medios del alimentario y a las necesidades del alimentista, según determina el art. 146 del Código y que constituye el requisito 8º del art. 97 en cuanto a la pensión por desequilibrio, pero dándose muchos otros para esta última que no se exigen para la primera, y en especial la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio" (4).

Sentada esta distinción de base entre los presupuestos de otorgamiento de ambas instituciones, otras muchas son las diferencias que las separan. Entre las más importantes podemos destacar las siguientes:

(4) En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Bari en Sent. de 12 de marzo 1971 al objeto de distinguir el "assegno di divorzio" y los alimentos. Se expresó en los siguientes términos: "los alimentos... presuponen el estado de necesidad del alimentando y su imposibilidad de proveer a su propio sostenimiento y son por ello fijados en proporción a las necesidades del que los pide y a las condiciones económicas del obligado. No son, por el contrario, éstos, o no son sólo éstos los criterios a los que se refiere el art. 5 párrafo 4 de la Ley de Divorcio... "Trib. Bari 12 marzo 1971. For. it. 1971, I, p. 1.717."

- 1ª. La obligación de alimentos, a tenor del art. 148 C.c., es exigible desde que los necesitare la persona que los solicita, mientras que la pensión por desequilibrio lo es sólo a partir del momento en que se dicta la sentencia de separación o divorcio.
- 2ª. La obligación de alimentos, en razón de su carácter personalísimo, cesa -según dispone el art. 150 C.c.- con la muerte del obligado, mientras que por el contrario, la pensión, a tenor del art. 101, no se extingue con la muerte del deudor sino que es transmisible a sus herederos.
- 3ª. A diferencia de la obligación de alimentos, la pensión puede ser objeto de renuncia y transacción; muestra de ésta última, es la posibilidad prevista en el art. 99 de sustituir la pensión por otras formas de pago.
- 4ª. Se diferencian también los alimentos y la pensión en las causas de extinción. Así, el nuevo matrimonio o la convivencia marital del acreedor con otra persona no ex-

tingue el derecho de alimentos mientras que sí hace cesar la pensión por desequilibrio (Vid. art. 101 C.c.).

5ª. La obligación de alimentos es imprescriptible mientras que no lo es la pensión. El derecho a obtener una pensión alimenticia puede ser reclamado siempre que se esté en estado de necesidad; por el contrario, el derecho a reclamar la pensión prevista en el art. 97 constituye un derecho de contenido económico ejercitado a través de una acción personal a la que ha de aplicarse el plazo de 15 años establecido en el art. 1.964.

6ª. La pensión por desequilibrio ha de fijarse necesariamente en la resolución judicial que declare la separación o el divorcio sin que pueda reservarse para un momento posterior la acción para solicitarla; contrariamente, la pensión de alimentos, en caso de separación, puede ser solicitada en cualquier momento.

7ª. Se diferencian también ambas instituciones, por una parte en la forma de otorga-

miento -la pensión debe ser fijada convencionalmente, mientras que los alimentos lo son siempre por resolución judicial- y por otra, en la modalidad de entrega; si bien la forma normal de pago de la pensión es la de una renta periódica, cabe pactar otras modalidades, inadmisibles para la obligación de alimentos.

B) Pensión por desequilibrio e Indemnización en caso de Nulidad

Como es fácilmente apreciable, la principal nota diferenciadora entre ambas instituciones es la de los distintos motivos a los que se hace corresponder una y otra: la pensión se otorga en los casos de separación y divorcio y la indemnización en los supuestos de nulidad.

Por otra parte, los presupuestos o condiciones de otorgamiento son también diferentes; en la pensión, como ya vimos, presupuesta la separación o divorcio, el requisito básico para su entrega es el desequilibrio económico. En la indemnización, presupuesto el matrimonio nulo, es necesario que el cónyuge reclamante haya actuado de buena fe así como también que entre los esposos haya existido convivencia conyugal. La duda surge

en razón de la remisión que el artículo 98 hace a las circunstancias previstas en el art. 97; dice el precepto: "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97". En razón de esta remisión, ¿cabría entender que dentro del supuesto de hecho de la indemnización ha de quedar incluido el desequilibrio económico, presupuesto básico de la entrega del derecho de pensión?.

Se trata, como dice ROCA TRIAS (5), de un punto oscuro. En mi opinión, la respuesta que ha de darse a este interrogante es negativa. De la referencia que hace el art. 98 a las circunstancias enumeradas en el art. 97, no debe seguirse que para la entrega de la indemnización sea preciso que el cónyuge de buena fe haya experimentado un desequilibrio económico como consecuencia de la nulidad. De haber sido así, se hubiera hecho constar expresamente.

(5) ROCA TRIAS: "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio". Arts. 90-101 en "Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia". Vol. I. Edit. TECNOS, Madrid, 1984, p. 633.

Pienso, que a diferencia de lo que ocurre con la pensión, en materia de nulidad, el papel que desempeñan las circunstancias enumeradas en el art. 97 es meramente cuantificador. El supuesto de hecho de la indemnización, viene marcado por el propio artículo 98, es decir, reunidos los requisitos de buena fe y de convivencia conyugal surge el derecho a obtenerla, debiendo tomarse en consideración las circunstancias enumeradas en el artículo 98 para fijar su montante.

En la pensión, de lo que se trata es de paliar o corregir un desequilibrio económico, mientras que en la indemnización lo que se persigue es la reparación del perjuicio causado al cónyuge de buena fe, con independencia o no de que exista tal desequilibrio patrimonial (6).

Consecuencia de este distinto fundamento es

(6) La opinión contraria es sostenida por LASARTE Y VALPUESTA, para los cuales, si bien la cuestión es discutible, debe entenderse que la remisión contenida en el inciso final del art. 98 alcanza también el desequilibrio económico interconyugal que eventualmente pueda derivarse de la nulidad. LASARTE ALVAREZ, C. y VALPUESTA FERNANDEZ, R.: "Comentario al art. 98" en Comentarios al nuevo Título IV del libro I C.c., coordinados por LACRUZ, Edit. Civitas, Madrid, 1981, p. 778.

otra importante nota diferenciadora entre ambas instituciones: la modalidad de pago. Así, mientras que la pensión normalmente se entrega en forma de renta periódica, la indemnización es satisfecha "a tanto alzado". De esta forma de pago unitario se deriva la imposibilidad de revisar dicha indemnización por alteración de las ya existentes o sobreviniencia de nuevas circunstancias; esta posibilidad viene expresamente admitida para la pensión en el art. 100 C.c.

II. FUNDAMENTO DE LA PENSION

Las diferencias entre la pensión y, los alimentos e indemnización, son sustanciales (7); por ello, al estudiar aquélla debemos partir de unos planteamien-

(7) Algunos autores italianos, como AUTORINO STANZIONE, han pretendido buscar algún punto de encuentro entre la pensión de divorcio y el usufructo del cónyuge viudo. Entiende que, tanto en uno como en otro caso, la Ley quiere asegurar una cierta permanencia en el nivel de vida de los cónyuges. Vid. AUTORINO STANZIONE, G.: "Divorzio e tutela della persona". L'esperienza francese, italiana e tedesca. Edizioni Scientifiche italiane. Pubblicazione della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri. Camerino 1981, p. 138; en el mismo sentido Vid. GROSLIERE, J.C.: "La Reforme du divorce". Loi du 11 juillet 1975 et Décret d'application du 5 decembre 1975. Editions Sirey. Toulouse, 1976, p. 147.

tos nuevos, de los que hasta el momento venían siendo utilizados en nuestro Ordenamiento.

La pensión nace con una finalidad y fundamento concretos. La realidad y las costumbres sociales se han modificado en el tiempo, de forma que lo que antes se imponía con una finalidad meramente asistencial, pasa a constituir una fuente de protección económica destinada a conseguir un equilibrio o igualdad patrimonial entre los miembros de la relación conyugal. Nace, así, la pensión con el propósito de restablecer el equilibrio de las condiciones materiales de los esposos, roto por la separación o el divorcio (8); ello, soslayando cualquier referencia a la culpabilidad o grado de participación de los cónyuges en tales conflictos.

Este alejamiento del tradicional sistema basado en la culpabilidad, ha marcado un importante avance

(8) De la misma manera, al decir de los autores de la Reforma francesa de 1975, la prestación compensatoria regulada en los arts. 270 a 280-1 del code, está fundada sobre el constante objetivo de la disparidad entre las situaciones patrimoniales de los esposos después del divorcio. Vid. MAZEAUD, H.L. y J.: "Leçons de Droit Civil". Tome premier (sixième édition), par M. de Juglart. Troisième Volume: Les personnes. Mariage, filiation, incapacités, divorce et separation de corps. Edit. Montchrestien. París, 1976, p. 959.

en nuestro sistema matrimonial español. La adopción por parte del legislador, de un sistema de divorcio-ruptura basado en el hecho objetivo del cese efectivo de la convivencia conyugal, ha supuesto una importante innovación que ha llevado a nuestro Ordenamiento a situarse, en materia de divorcio, en la línea de las más avanzadas legislaciones comparadas. En concreto, para la configuración de la pensión se han tomado como pauta, la Reforma francesa, operada por Ley 11 julio 1975 (9) y la italiana por Ley 1 diciembre de 1970 (10). Hay que decir, que si bien este afán de encuadrar nuestro sistema dentro de las más modernas tendencias europeas es loable, el legislador en muchos casos no se ha dado cuenta que, lejos de alcanzar el grado de desarrollo legislativo de los países que le han servido de modelo, el derecho español ha de ir transformando sus estructuras jurídicas lentamente. Olvidando ésto, nuestro legislador, concretamente por lo que afecta a la pensión, ha trasladado sin más las fórmulas adoptadas en el Derecho Comparado, creando así una figura que, en buena medida, no satisface las exigencias requeridas en el actual Ordenamien-

(9) Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce.

(10) L. 1 diciembre 1970 n° 898 "sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio".

to español.

Una interesante cuestión planteada en el Derecho italiano, y que puede ser decisiva a la hora de dejar sentadas las líneas configuradoras del derecho de pensión, es la de la causa de tal derecho o, en otras palabras, la obligación de entregar la pensión de divorcio ¿deriva de la relación matrimonial o, más bien, de la sentencia que decreta la disolución del matrimonio?.

Las posiciones adoptadas, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia italiana, han sido contrapuestas.

Una primera tesis, prevalente en la Jurisprudencia del Tribunal de Casación, considera que el Ordenamiento conserva entre los cónyuges divorciados una relación de asistencia material, atenuada respecto a la vigente durante el matrimonio, pero análoga a la existente entre los esposos separados. En este orden de ideas, se afirma que la pensión de divorcio encuentra su fundamento en un principio de solidaridad postconyugal (11). Un momento sobresaliente de la progresiva

(11) Vid. TRABUCCHI, A.: "Matrimonio e Divorzio". Riv.

acentuación del nexo entre relación matrimonial y pensión se pone de manifiesto -en opinión de BARBIERA (12)- a través de la afirmación realizada por el Tribunal de Casación italiano en Sentencia de 26 de abril de 1974 (13); a tenor de la misma: "la concesión de la pensión,

Dir. Civ. 1971, I parte, p. 18; BIANCA, M.: "Diritto Civile". La Famiglia, le successione. Giuffrè Edit. Milano 1981, p. 180; AUTORINO STANZIONE op. cit., p. 309; Sent. Trib. Roma de 17 de Giugno 1972. Dir. Fam. e pers.; App. Milano 2 marzo 1973 según la cual "...con el divorcio se constituye una relación 'sui generis' de solidaridad económica en el cual viene transformado el complejo de las precedentes, y de aquí en adelante extinguidas obligaciones de asistencia material impuestas por el matrimonio. App. Milano 2 de marzo de 1973. Citada en BARBIERA "Il Divorzio dopo la riforma del diritto di famiglia". Commentario del Codice Civile, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA. Libro primo: persone e famiglia. Art. 149. Supplemento Legge 1º dicembre 1970 nº 898 modificata e integrata dalla Legge 1º agosto 1978 nº 436. Seconda edizione. Zanichelli Edit. Bologna. El Foro ital. Roma. Bologna 1979, p. 303 nota 6. En el mismo sentido y en relación con la pensión española se pronuncia la Sent. 13 enero 1983 de la A.T. Palma de Mallorca al decir que "...el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, que estatuye el art. 97, C.c., es la exteriorización de cierta solidaridad conyugal que no desaparece por la ruptura del vínculo matrimonial -divorcio-, ni por la suspensión judicial de la convivencia -separación-; tal pensión, que no es calificada por el legislador de alimenticia para evitar su identificación con la tradicional del ordinal primero del art. 143 en relación con el 142, ni con cualquiera otra denominación específica en dicho art. 97, ni en el apartado c) del art. 90 del repetido cuerpo legal..." Vid. también Sent. 18 de noviembre 1983 de la A.T. Cáceres.

- (12) BARBIERA: "Il Divorzio... 1979, op. cit., p. 303, nota 7.
- (13) Cass. 26 abril 1974 nº 1.194. For. it. 1974, p. 1.335.º

Tiene que suplir y subvenir a un verdadero y propio estado de necesidad, se inspira, no tanto en aquel general principio de solidaridad que deben imprimirse las relaciones entre los miembros de una sociedad civil, sino que encuentra una más concreta base de justificación en las obligaciones de asistencia material y de mantenimiento operantes constante el matrimonio, y que no pueden venir a menos sin que la relación que ellas presidían reciba alguna tutela".

En contraposición a esta postura, la tesis mantenida inicialmente en algunas decisiones por el Tribunal de Casación italiano, sostenía que la obligación de entrega de la pensión después de la pronunciación judicial de la disolución de la relación matrimonial, encuentra su fundamento en la obligación tendente a reparar el eventual desequilibrio económico verificado entre las partes en conexión causal con el divorcio. Claro exponente de esta posición, es la Sentencia del Tribunal de Casación de 7 de mayo 1974 (14) a tenor de la cual "la pensión no tiene carácter alimentario ni función de mantenimiento sino que tiene una naturaleza claramente indemnizatoria y está dirigida a reequilibrar la situa-

(14) Cass. 7 mayo 1974 n.º 1.283. Giur. it. 1975, p. 92.

ción de aquel cónyuge, culpable o inculpable, el cual, por efecto de la cesación del vínculo matrimonial, ve debilitada de manera apreciable, la propia posición económica respecto de aquélla que gozaba constante el matrimonio, pudiendo ser solicitada sólomente después de dictada la sentencia de divorcio" (15).

-
- (15) Una de las cuestiones que mayor polémica ha suscitado, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia italiana, es la de la naturaleza jurídica del "assegno per divorzio". La primera manifestación del Tribunal de Casación alegando el carácter indemnizatorio de la pensión tuvo lugar a través de la Sent. de 1 febrero 1974 (Cass. 1 febbraio 19 nº 263, For. it. nº 1.974, p. 1.246), conforme a la cual "la pensión periódica prevista por el art. 5 de la Ley italiana de 1 diciembre 1970, nº 898, a diferencia de la prevista en la hipótesis de separación conyugal, no tiene un carácter alimenticio o de mantenimiento, sino que tiene una naturaleza indemnizatoria, tendente a reequilibrar la situación económica del cónyuge que como consecuencia de la cesación del vínculo matrimonial sufra una disminución patrimonial". No obstante, tal interpretación fue abandonada posteriormente, para dar paso a la teoría de la naturaleza compuesta. Así, según ésta, la pensión se compone de un criterio asistencial debido al elemento "condiciones económicas de los cónyuges" a que ha de atender el Juez para la fijación del "assegno"; de un criterio resarcitorio o indemnizatorio atendiendo al parámetro de "la razón de la decisión" y, de un criterio compensatorio, en razón de la necesidad de tomar en consideración "la contribución dada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio de ambos". Acerca del tema de la naturaleza Jurídica del "assegno" italiano, Vid.: BIANCA: op. cit., p. 179; PERILLO, E.: "Riflessi patrimoniale del divorzio" (1ª parte). Riv. Dir. Civ. nº 5. Rassegne di giurisprudenza. p. 535; AUTORINO STANZIONE: op. cit., p. 98; GRASSI, L.: "La legge sul divorzio". Manuale di diritto

Sobre esta cuestión de la causa de la pensión de divorcio -la relación matrimonial o la sentencia de divorcio- me parece definitiva la tesis que mantiene PINO (16): "La Ley prevé, que con la sentencia de divor-

sostanziale e processuale Casa editrice Dott. Eugène Jovene. Napoli 1971, p. 190; BARBIERA, L.: "Divorzio". Comentario al Codice civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA. Libro I. Persone e famiglia (art. 149). Supplemento legge 1 dicembre 1970 n° 898. Zanichelli, Editore Bologna. Soc. Ed. italiana Roma. Bologna 1971, p. 143; SCARDULLA, F.: "La separazione personale dei coniugi". Appendice "Il Divorzio". Giuffrè Edit. Milano 1974, p. 91; PALLADINO, A. y V.: "Il Divorzio". Commento teorico-pratico alla legge sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio. Legge 1 Dicembre 1970 n° 898. Seconda edizione. Giuffrè Edit. Milano 1975, p. 231; PUNZI NICOLO, A.: "Il Divorzio e i rapporti fra coniugi". Riv. Dir. Civ. 1972, p. 87; COCCIA, F.; CIALDINI, C.: "Le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del matrimonio". Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Edit. Milano, 1981, p. 19; CECCETTI, R.: "Assegno al coniuge divorziato e comunione dei beni". For. it. 1976, C, I, p. 29; DI LALLA, L.: "Natura giuridica dell'assegno in favore del coniuge divorziando e sui rapporti col giudizio civile di alimenti". For. it. 1971, C, I, p. 1.720; POGGI, E.: "Sulla determinazione dell'assegno in sede di divorzio e sulla resarcibilità dei danni non patrimoniali". Nota a sent. del Trib. di Roma de 15 Giugno, 1972. Dir. Fam. e pers. 1973, p. 441; MUSACHIA, G.: "La legge sul divorzio". Dir. Fam. e per 1981, p. 173; NICOLINI CANIATO, T.: "Ammissibilità delle clausole di indizzazione dell'assegno di divorzio". Dir. Fam. pers. 1983, p. 756; DAGNINO, A.: "Appunti sull'assegno periodico in favore del coniuge divorziato". Dir. Fam. e pers. 1974, p. 159; BOCCHINI, F.: "L'attribuzione di assegni dopo la pronuncia di divorzio". Dir. e Giur. 1981, p. 515; DI LORENZO, E.: "Acorra in tema di assegno periodico al coniuge divorziato". Dir. e Giur. 1973, p. 390.

(16) PINO, A.: "Il diritto di famiglia" (appunti). Pado-

cio, el Juez imponga a un cónyuge la obligación de entregar una pensión a favor del otro. La obligación nace de la sentencia y no de la relación matrimonial, y puede ser impuesto sólomente con la presencia de los criterios señalados en el art. 5".

Esta es la solución a la que debe llegarse en el Ordenamiento español. Es indudable que, si bien -como a lo largo de esta exposición se irá poniendo de manifiesto-, el derecho de pensión trae en cierto modo su origen de la relación matrimonial debido a la concepción subjetiva de desequilibrio económico que definiendo, tal derecho nace y es una consecuencia directa de la separación o divorcio. Para que proceda la pensión es necesario una previa resolución judicial, siendo ésta, en último término, la que ha de venir a constituirse como su razón de ser. Si bien, como apunta BARBIERA (17) entre la relación matrimonial y la pensión existe un "acentuado" nexo causal, no puede por ello concluirse que tal relación sea la causa motivadora de este derecho. Cosa distinta es que una vez dictada sentencia de separación o divorcio y cumplidos los requisitos básicos para que

va. Cedam. Casa editrice dott. Milano, 1975, p. 60.

(17) BARBIERA: op. cit., p. 303 nota 7.

al caso de los esposos pueda demandar la pensión, las circunstancias en las que se ha desarrollado la vida matrimonial puedan servir de pauta a la hora de determinar si se dan los presupuestos necesarios para su entrega.

En conclusión, hay que distinguir entre presupuestos necesarios para hacer surgir la posibilidad de solicitar una pensión, dentro de los cuales quedaría encuadrada la sentencia de separación o divorcio, y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la misma, incluyéndose aquí como fundamental el desequilibrio económico; es en éste donde la relación matrimonial adquiere una importancia decisiva.

El carácter alimenticio que otorgan a la pensión de divorcio los que defienden la prevalencia de la relación matrimonial, no puede ser sostenido, entre otras razones porque, como apunta ZANNONI (18) "entre los cónyuges lo asistencial se legitima en el vínculo jurídico matrimonial. Pero si se habla de los alimentos

(18) ZANNONI, E.A.: "Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges". Edit. Astrea. Buenos Aires, 1975, p. 22; Vid. también VAZQUEZ BOTE, E.: "Los alimentos al ex-cónyuge en el divorcio vincular". R.C.D. I., 1978, I, pp. 47-55.

que se debe entre cónyuges divorciados, el prescrito cambia en esencia para transformarse en un derecho subjetivo referido y condicionado a la calificación de conducta efectuada en la sentencia de divorcio" (19). Desaparecida con la Reforma la facultad de atribuir efectos a la calificación culpable de alguno de los cónyuges, considero que ha de eliminarse también la posibilidad de atribución de una pensión alimenticia disuelto el vínculo conyugal (20).

Eliminado el carácter alimenticio de la pensión -al menos tal y como hasta el momento venía siendo entendido en nuestro Derecho- y sentada la afirmación, que es la resolución judicial que decreta la separación o el divorcio la que hace nacer el derecho de pensión,

(19) En la elaboración del art. 5 de la Ley italiana de divorcio, los Diputados antidivorcistas, propugnaban la conservación de la distinción entre alimentos y mantenimiento; proponían para el divorciado inculpable que se encontrara en la necesidad, la atribución, en todo caso, del derecho al mantenimiento.

(20) Tal pensión alimenticia fue la acogida por la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, en la que expresamente se concedía su disfrute al cónyuge que hubiera sido declarado inocente en la sentencia de divorcio. Decía el art. 30: "El cónyuge inocente cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independientemente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado."

hay que decir que no toda separación o divorcio lleva implícito de forma preceptiva la procedencia de una pensión. El esposo reclamante que pretenda hacerse acreedor de este derecho deberá acreditar que la separación o el divorcio le ha situado en una posición económica desventajosa en relación con la del otro cónyuge y con la que disfrutaba durante el matrimonio. Faltando este presupuesto no procederá la entrega de la pensión.

Esta figura no puede ser transmitida del lado activo; acreedor de la pensión sólo lo podrá ser el cónyuge que ha sufrido el desequilibrio económico, sin que exista posibilidad de que el crédito pase a sus herederos. De forma distinta, del art. 101 C.c. se desprende que sí es transmisible pasivamente. Así, la pensión no se extingue por la muerte del deudor; la deuda pasa a sus herederos, si bien éstos podrán solicitar del Juez su reducción o supresión si el caudal hereditario no fuera suficiente para cubrirla o afectara a sus derechos en la legítima.

Si el divorcio se decretare por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso.

III. CONCEPTO

En base a las anteriores argumentaciones puede anticiparse un concepto de la pensión, que quedará perfectamente consolidado a lo largo de nuestra exposición.

La pensión por desequilibrio económico, regulada en el art. 97 ss, es "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" (21).

(21) ESCARTIN IPIENS, portavoz de UCD en la ponencia del Congreso, al defender el texto del art. 97 ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados hizo una exposición que, en opinión de VEGA SALA, puede considerarse como una excelente definición del concepto de pensión. Así, venía a considerar la pensión como "prestación que corresponde a un

criterio estrictamente igualitario entre los cónyuges, establecida pues por criterios objetivos basados en el desequilibrio económico producido a cualquiera de los cónyuges a consecuencia de la separación y el divorcio, siempre que dicho desequilibrio produzca un empeoramiento en la situación de un cónyuge en relación con la posición del otro. Esta pensión no tiene nada que ver con los alimentos (Casette nº 22, cara B de las cintas oficiales que recogen los debates de la Comisión de Justicia sobre el Divorcio). Vid. VEGA SALA, F.: "Síntesis práctica de la regulación del Divorcio en España". Edit. Praxis, S.A., Barcelona, 1981, p. 40; LUNA SERRANO define la pensión como "obligación duradera, de cumplimiento periódico que se extingue únicamente con las causas del art. 101". LUNA SERRANO, A.: "Matrimonio y Divorcio" en "El nuevo Régimen de la Familia", dirigido por LACRUZ BERDEJO. Edit. Civitas. Madrid, 1982, p. 768.

CAPITULO II

PRESUPUESTOS DE OTORGAMIENTO

DEL DERECHO DE PENSION

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Partiendo de la existencia de una separación o divorcio, una de las cuestiones más difíciles con la que nos enfrentamos a la hora de fijar con límites claros y precisos el alcance y extensión de la figura objeto de estudio, es la de concretar sus presupuestos de otorgamiento.

En contra de lo que pudiera pensarse tras una lectura del art. 97, este extremo no aparece solucionado. Si bien de tal precepto se desprende que el presupuesto básico y determinante para la entrega de la pensión es el desequilibrio económico experimentado por alguno de los esposos con posterioridad a la separación o al divorcio, el problema surge en razón de que el Código no dice nada acerca de lo que ha de entenderse por tal desequilibrio; simplemente se limita a matizar este concepto diciendo que deberá apreciarse en relación con la posición del otro cónyuge e implicar un empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio.

Ante esta laguna, en la práctica al Juez se le planteará el problema de determinar cuáles son los

Elementos que han de tomarse en consideración para apreciar si el divorcio o la separación produce en alguno de los cónyuges un desequilibrio económico.

¿Bastará con que el patrimonio de uno de los esposos con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio, sea inferior al del otro, e inferior también al que tenía durante el matrimonio, para entender que se ha producido un desequilibrio económico y que, por tanto, existe un derecho a pensión? o, por el contrario, el Juez para apreciar si ha sobrevenido tal desequilibrio, deberá tomar en consideración otros criterios o circunstancias tales como, por ejemplo, la duración del matrimonio, la edad de los esposos, sus cualificaciones profesionales, la dedicación prestada por cada uno de ellos a la familia, etc...

Esta disyuntiva, planteada en otros términos, se traduce en una doble interpretación de la expresión desequilibrio económico:

1ª. OBJETIVA en virtud de la cual por desequilibrio económico hay que entender el mero hecho objetivo de la disminución patrimonial experimentada por uno de los esposos con posterioridad a la separación o al divorcio, siempre que esta disminución lo sea en relación con la posición del otro cónyuge y con la situación go-

zada durante el matrimonio.

El tal caso, en la práctica, la función del Juez para ver si procede o no la entrega de una pensión, quedará reducida a la mera comparación del patrimonio de uno y otro cónyuge, de forma que cuando el de uno de ellos fuera inferior al del otro e inferior a aquél del que podía disponer durante la vida matrimonial, entenderá que existe derecho a pensión a favor del perjudicado sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia.

2ª. SUBJETIVA. A tenor de esta interpretación, la expresión desequilibrio económico abarcaría un concepto más amplio, englobando no solamente el hecho objetivo de ser el patrimonio de uno de los esposos inferior al del otro, sino también otra serie de factores subjetivos, personales de los cónyuges y conformadores de la vida matrimonial: dedicación a la familia, pérdida de expectativas futuras, estado de salud, cualificación profesional, edad, etc...

Estas circunstancias, unidas a la desfavorable situación económica en que como consecuencia de ellas puede quedar alguno de los miembros de la relación conyugal, son las que van a determinar la aparición de un desequilibrio patrimonial capaz de originar un dere-

cho a pensión.

Como es fácilmente apreciable, la diferencia que se deriva de la elección de una u otra interpretación es notable. Conforme a la primera, sería indiferente, por ejemplo, que el matrimonio hubiera durado poco tiempo, que ambos cónyuges fueran jóvenes y tuvieran posibilidades de readaptación, que fuera sólo uno o que fueran ambos los que desarrollaran una actividad laboral... bastaría simplemente con que uno de ellos probara que el patrimonio con el que queda después de la crisis conyugal es menor que el del otro y que su nivel de vida ha experimentado un empeoramiento para que el órgano judicial decretara una pensión; siendo indiferente, por otra parte, que tal patrimonio fuera suficiente para vivir holgadamente. Aceptando, por el contrario, la segunda solución, el Juez sólo concederá la pensión si, a la vista de tales circunstancias, el cónyuge que la solicita ve sensiblemente perjudicada su posición económica; a diferencia de la interpretación anterior, no cualquier tipo de alteración patrimonial va a ser asimilada con el desequilibrio económico y, en consecuencia, no cualquier tipo de empeoramiento en las condiciones de vida materiales de alguno de los cónyuges va a hacer nacer un derecho a pensión.

El que se opte por una u otra postura depende,

en gran medida, del papel que dentro del contexto del art. 97 se atribuya a las circunstancias que en él se enumeran. El párrafo 1º de este precepto, después de haber sentado como presupuesto básico para el otorgamiento del derecho a pensión el "desequilibrio económico", sigue diciendo, que tal derecho "se fijará en la resolución judicial teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: 1ª) Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges. 2ª) La edad y el estado de salud. 3ª) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4ª) La dedicación pasada y futura a la familia. 5ª) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6ª) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7ª) La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8ª) El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

El interrogante que a la vista de esta formulación se plantea es el siguiente: ¿qué valor adquieren tales circunstancias en orden al otorgamiento de la pensión?.

Ante esta cuestión la doctrina no es unánime. Destaca, un amplio sector doctrinal (22), defensor de

(22) Vid. SANCHO REBULLIDA, F.: "Elementos de Derecho

la idea de que el art. 97 se halla dividido en dos partes bien diferenciadas. Por una parte, la primera comprendería el desequilibrio económico en cuanto presupuesto básico y determinante de la atribución de la pensión, y por otra, en la segunda se englobarían las ocho circunstancias enumeradas en el art. 97, las cuales cumplirían una función de meros elementos de fijación de su cuantía.

Contrariamente, otro sector doctrinal en el

Civil". Tomo IV. Derecho de Familia (conforme a las leyes de 13 mayo y 7 julio 1981) por LACRUZ-SANCHO. Edit. Bosch. Barcelona, 1982, p. 262; LUNA SERRANO: op. cit., p. 364; ALEMANY GAL BOGUNA, J.M.; AMAT CORTES, J.; AMAT PART, J.: "Guía práctica del divorcio". Edic. Borrás. Barcelona, 1983, p. 74; PARA MARTÍN, A.: "Divorcio, separación y declaración de nulidad". La crisis matrimonial ante el Derecho Biblioteca Humanidad, serie "el saber". Barcelona, 1933, p. 159; ZANON MASDEU, L.: "El divorcio en España". Ley de 7 julio 1981. Edic. Acervo. Barcelona, 1981, p. 314; GONZALEZ POVEDA, P.: "De los efectos comunes a la Nulidad, Separación y Divorcio" en, "La Ley del Divorcio". Experiencias de su aplicación, por los Magistrados-Jueces de Familia: GARCIA VARELA, GONZALEZ-POVEDA, LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, SIERRA GIL DE LA CUESTA. Colex. Madrid, 1984, pp. 94 ss.; PONS GONZALEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M.A.: "Separación, Divorcio y Nulidad matrimonial: régimen jurídico" (Teoría, Praxis judicial, Formularios). Edit. Comares. Granada, 1985, p. 237; ROCA TRIAS: "De los efectos comunes..." op. cit., p. 623, igualmente en "El Convenio Regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio o indemnización en caso de nulidad" en "Convenios reguladores de las relaciones conyu-

que destaca VALPUESTA FERNANDEZ (23), sostiene que este planteamiento no parece acertado, ya que para la apreciación del propio desequilibrio económico, cuando ha de ser en relación con la posición del otro esposo y se produzca como consecuencia del mismo un empeoramiento del esposo demandante respecto a su situación matrimonial anterior, parece necesario que se compruebe la existencia de una serie de circunstancias que, en este caso, son las enumeradas en el art. 97.

A través de esta afirmación, lo que se preten-

gales, paterno-filiales y patrimoniales en la crisis del matrimonio". Bases conceptuales y criterios judiciales. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1984, p. 230.

- (23) VALPUESTA FERNANDEZ, R.: "Consideraciones sobre la pensión dimanante de la separación o el divorcio". La Reforma del Derecho de Familia. Matrimonio, separación, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad. Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia. Imprenta Sevillana. Sevilla, 1982, p. 75; en el mismo sentido se pronuncia, junto con LASARTE ALVAREZ en el Comentario al art. 97 en el cual ponen de manifiesto como "la neta separación que parece imponer la norma del art. 97 entre desequilibrio económico y circunstancias, puede tener consecuencias realmente importantes. Así, podría generar la imprecisión de que la simple celebración del matrimonio es causa suficiente para reconocer sin más a los cónyuges un derecho de nivelación en su situación económica que cobraría virtualidad una vez acontecida la separación o el divorcio, a través de la pensión". LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 767.

de resarcir es que tales circunstancias no constituyen algo ajeno a la idea de desequilibrio económico sino que, en la mayor parte de los casos, contribuyen directamente a su formación, configurándose, en último término, como su soporte.

La solución que se adopte está estrechamente ligada con la del carácter -objetivo o subjetivo- que atribuyamos al desequilibrio económico. Resolviendo una de las cuestiones quedará la otra solventada.

Visto cuál es el estado de la cuestión, vendría, antes de pasar a desarrollarlo, dar una visión de las tendencias que se han seguido en otros Ordenamientos próximos al nuestro.

II. SOLUCIONES SEGUIDAS EN EL DERECHO COMPARADO

B) Italia

En este Ordenamiento se planteó un conflicto similar al surgido en nuestro Derecho, en torno a la interpretación de la expresión "Condiciones económicas de los cónyuges", prevista por el art. 5 de la L. 1 diciembre 1970 como presupuesto de otorgamiento -junto con "la razón de la decisión- del "assegno di divorzio". Esta figura, con algunos matices, equivale a la pensión que

impreciso de su contenido. Esta manifestación se corrobora con una Sentencia del Tribunal de Casación italiano de 6 de diciembre 1975 (25) según la cual "no obstante la dificultad de la expresión, deberá comprenderse en ella, no sólo los elementos de naturaleza económica, sino también aquéllos de carácter personal como la edad, las condiciones personales y de salud de los cónyuges, la duración de la convivencia, la situación ambiental y la aptitud para el trabajo; todos estos factores habrán de tomarse en consideración cuando incidan de forma negativa en las condiciones de uno de los cónyuges".

Es también significativa la opinión de VINCENZI AMATO (26) al decir que "las ya aludidas condiciones económicas de los cónyuges, no pueden ser entendidas en términos estrictos de renta y patrimonio, sino que han

(25) Cass. 6 dicembre 1975. For. it. 1976, nº 4.050, p. I.276.

(26) VINCENZI AMATO, D.: "I rapporti patrimoniali". Commentario sul divorzio, a cura de Pietro Rescigno. Giuffrè Edit. Milano, 1980, p. 330. En opinión de PALLADINO, para la fijación de las "condiciones económicas de los cónyuges" "el Juez deberá determinar la aportación que en la dirección de la familia y en el ejercicio de la actividad laboral haya realizado cada uno de los cónyuges, así como la dependencia de tal aportación a la formación y consistencia de un patrimonio cuyo goce no puede ser de-

de hacer referencia a la compleja situación en que, en concreto se encuentra cada uno de los esposos, así como a la capacidad de uno y otro" (27).

A la vista de estas opiniones doctrinales, puede decirse que la tendencia dominante en el Derecho italiano, es la de encuadrar dentro del presupuesto "condiciones económicas de los cónyuges" no solamente los elementos patrimoniales referibles a los cónyuges, sino también determinadas circunstancias personales tales como, por ejemplo, el sueldo, la aptitud para el trabajo, la cualificación profesional, la edad, etc...; datos que, en definitiva, son los que configuran internamente la situación matrimonial de cada una de las partes.

jado únicamente a uno sólo de los esposos, si fue fruto de la obra y trabajo de ambos" PALLADINO: op. cit., p. 229; Vid. también: "PUNZI NICOLÒ "Il Divorzio e i rapporti... loc. cit., p. 81 y en "Studi sul divorzio" a cura della Cattedra de diritto ecclesiastico dell'Università di Roma. Casa Edit. Dott. Antonio Milani. Padova, 1972; MUSACHIA: loc. cit., p. 873; ZICCARDI, F.: "L'experience italienne en matiere de divorce". Rev. Int. Dr. Comp. 1975, nº 2, p. 412; BOCCHINI: loc. cit., p. 516; DAGNINO: loc. cit., p. 165; BARGLEA: "Divorzio... 1971, op. cit., p. 143.

- (27) En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de setiembre 1979 según la cual: "para determinar las condiciones económicas de los cónyuges, el Juez no está obligado a observar una exacta cuantificación de las respectivas

La Jurisprudencia, dando un paso más, ha elaborado una interpretación más amplia, manifestando que junto a estas connotaciones, deberán ser también objeto de valoración -debido a su importante incidencia en las condiciones económicas de las partes- las obligaciones externas que cada uno de los esposos tenga adquiridas frente a terceras personas.

En este sentido adquieren relevancia, por una parte, las obligaciones alimenticias que el cónyuge deudor del "assegno" tenga contraídas frente a determinadas personas extrañas al divorcio, tales como, por ejemplo, los componentes de una segunda familia y, por otra, -en razón de la penosa situación a la que pueden llevarlas que surjan como consecuencia del mantenimiento de una persona con la que convive "more uxorio".

Numerosas son las decisiones que se han pronunciado sobre el tema. Respecto a la primera de ellas, destaca una Sentencia del Tribunal de Apelación de Bres-

rentas sino que puede valerse de elementos presuntivos (de carácter personal o patrimonial), idóneos para suministrar datos seguros sobre la respectiva capacidad económica de los cónyuges". Cass. 18 settemb. 1979 n° 4.174. Mass. Giur. it. 1978, p. 993.

cia de 16 de febrero 1972 (28) a tenor de la cual: "El Juez, al valorar las condiciones económicas de las partes, no puede obviar las obligaciones de naturaleza económica que recaen por Ley sobre uno de los cónyuges para el mantenimiento de otros familiares, de forma que, cuando el ex-cónyuge obligado a entregar la pensión haya contraído legítimamente un nuevo matrimonio, deberá procederse a un atemperamiento recíproco entre los derechos de los componentes de la familia anterior y las obligaciones que a su cargo surjan en la formación de la nueva familia" (29). Con esta decisión, se pone claramente de relieve el deseo de salvaguardar los intereses de la primera familia, de forma que no se perjudiquen excesivamente los derechos de naturaleza económica que a sus miembros les corresponde.

Por lo que respecta a la segunda de las obligaciones que la Jurisprudencia señalaba como relevante

(28) App. Brescia 16 febbraio 1972. For. Padua, 1972, p. 163. Citada en PERILLO: loc. cit., p. 554.

(29) En el mismo sentido Vid. Cass. 5 agosto 1977, según la cual "deberá tomarse en consideración para la fijación del "asegno", las obligaciones que surjen en relación con otros familiares, debiéndose atemperar las diversas exigencias de modo que no se perjudique a la familia legítima". Cass. 5 agosto 1977 n° 3.538. Mass. Giur, it., 1977, p. 765.

para la configuración y valoración de las "condiciones económicas de los esposos": el mantenimiento a cargo del cónyuge deudor de la pensión de la persona con la que convive, los Tribunales italianos también han tomado partido en este punto, destacando, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Casación de 29 de noviembre de 1976 (30) según la cual "el Juez en la determinación de las condiciones económicas del marido, puede tener en cuenta los gastos que pesan sobre el mismo para el mantenimiento de una mujer con la que convive "more uxorio". Tal convivencia, una vez cesados los efectos civiles del matrimonio, no constituyen ilícito y satisface una normal exigencia de asistencia moral y material y por eso debe ser tomada en consideración a los fines del cálculo de las rentas efectivas del marido".

A tenor, pues, de estas decisiones, las obligaciones contraídas por el cónyuge deudor de la pensión frente a terceras personas ajenas al divorcio, adquieren para los tribunales, el carácter de elementos valorati-valorativos de la situación económica de que gozan los cónyuges al decretarse el divorcio. Cabría también plan-

(30) Cass. 29 novembre 1976 n° 4.489. For. It., 1976, p. 883. En el mismo sentido Vid. Cass. 19 febbraio 1977 n° 772. For. It., 1977, I, p. 2.268.

tearse si, a estos efectos, debería de tomarse en consideración el hecho de que el cónyuge beneficiario de la pensión fuera sujeto activo de una obligación alimenticia por parte de su familia de origen; es decir, que fuera acogido y mantenido por ella. El pronunciamiento de los tribunales, en este tema, se ha orientado en el sentido de no atribuir trascendencia a este apoyo aún cuando éste se prestase de manera estable, continúa y suficiente. Consideran que dicha ayuda implica una ventaja referible a la mera generosidad y solidaridad de los parientes sin que tenga relevancia en la determinación de la pensión (31).

Ciertamente, a la vista de estas manifestacio-

(31) Vid: Cass 26 gennaio 1978 n° 358 in Mass. Giur. It. 1978, p. 81; Cass. 8 febbraio 1977 n° 557. For. It., I, p. 2.271. En esta última sentencia, el Tribunal se pronuncia acerca de todas las obligaciones alimenticias de naturaleza económica que hasta aquí hemos examinado. Dice así: "En materia de determinación de la pensión de divorcio, el Juez no puede descuidar ni las obligaciones de naturaleza económica que incumben por Ley a uno u otro cónyuge para el mantenimiento de otros familiares ni el hecho inequívocamente probado de que un cónyuge resulta beneficiado de forma estable y segura de la asistencia de otros familiares. Ello no significa que en la valoración comparativa de las condiciones económicas de los cónyuges deba tenerse en cuenta las consecuencias económicas que derivan de la mera convivencia "more uxorio" cuando ello devenga en perjuicio de la familia legítima".

nes surgidas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se observa cómo la delimitación del presupuesto que venimos examinando, "condiciones económicas de los esposos", ha de ser amplia. En el mismo, no deben quedar incluidas sólo las entradas patrimoniales de cada uno de los cónyuges en un determinado momento, sino que también han de tener cabida otros índices y factores que, directa o indirectamente, inciden en los ingresos económicos y en la capacidad de ganancia de uno y otro cónyuge; en virtud de los mismos, también podrá procederse a la verificación del grado de deterioro de la situación en la que, como consecuencia del divorcio van a quedar cada uno de los cónyuges. Ahora bien, siendo esto así, no puede obviarse la importancia que para el Juez adquirirán dichas entradas patrimoniales, ya que, a mi modo de ver, serán las que operen como punto de partida de la posterior investigación que habrá de realizarse en torno a los elementos que han contribuido a su formación.

Sentada así la importancia que, aún como punto de partida, ostenta la fijación de los ingresos de los cónyuges, resulta interesante tratar de concretar cuáles han de ser los bienes y rentas o, mejor, qué clase de productos y utilidades económicas son los que habrán de computarse como ingresos patrimoniales de cada uno de

los autores COCCIA-CIALDINI (32) afirman que "la valoración de las condiciones económicas se debe comprender no sólo las rentas sino también los bienes capitales y cualquier otro potencial que contribuya al incremento de los respectivos patrimonios de las partes".

En concreto, acerca de la propiedad de bienes inmuebles, destacan los autores, dos Sentencias de la Corte de Casación que, en su opinión, se presentan opuestas. En la primera de ellas (33), se afirma que, "en la apreciación de las necesidades del demandante de la pensión, la eventual propiedad de bienes inmuebles, aún teniendo un cierto valor, no podrá ser considerado como criterio suficiente para eliminar automáticamente dicho derecho cuando se deba razonablemente considerar que la enajenación de tales bienes supondría para su titular un grave perjuicio".

Sucesivamente, la Corte Suprema italiana (34)

(32) COCCIA, F.-CIALDINI, C.: op. cit., p. 40.

(33) Cass. 1 febbraio 1974 n.º 263. Dir. Fam. e pers. Giurisp. di legittimità 1974, p. 354. Citada en COCCIA-CIALDINI op. cit., p. 40 nota 38.

(34) Cass. 18 maggio 1977 n.º 2.021, inédita. Citada en COCCIA-CIALDINI op. cit., p. 41: Vid. Cass. 15 gennaio 1979 n.º 298 inédita. Citada en PERILLO loc. cit., p. 50.

ha modificado su decisión, decretando que, "en la valoración de las posiciones económicas de los esposos, deberán tenerse en cuenta, para la computación de su sustancia patrimonial, la propiedad inmobiliaria temporalmente improductiva por cuanto que ésta constituye en beneficio que acrece, en razón de la posibilidad de realizar su valor, la consistencia patrimonial de su titular".

A mi juicio, estas decisiones, en modo alguno han de considerarse opuestas, ni siquiera contradictorias, por cuanto que si bien la titularidad de un bien de esta clase no puede alcanzar la calificación de criterio decisivo, de manera que en su virtud pueda excluirse la pensión, ello no quiere decir que el mismo no pueda ser valorado y computado en el patrimonio de los esposos -tal y como afirma la sentencia precedente- en razón de sus posibilidades de realización en un capital efectivo.

A raíz de estas connotaciones, puede apreciarse como, en términos generales, los últimos pronunciamientos dictados por la Corte italiana se inclinan en el sentido de insertar dentro del patrimonio de los cónyuges, toda situación o circunstancia de carácter patrimonial o personal susceptible de valoración económica en cuanto elementos determinantes de una utilidad o, al

contrario, de una carga, en la respectiva esfera patrimonial de las partes. Se hace necesario, por tanto, para poder juzgar si determinados bienes, en principio improductivos, deben tener cabida dentro del conjunto de elementos integrantes de la posición económica de cada uno de los esposos, tener en cuenta las posibilidades que tienen de realizar o hacer efectivo su valor así como de ser objeto de disponibilidad económica. Acreditado ésto y, en consecuencia, acreditada también la utilidad de dichos bienes, estimo, que no existirá ningún obstáculo para que el Juez proceda a computarlos a los efectos indicados; es más, a mi modo de ver, tal apreciación, verificadas las posibilidades de realización y de disponibilidad, se hace necesaria y es de justicia. Por el contrario, si las posibilidades de llevar a cabo tales operaciones es nula o incluso difícil o gravemente perjudicial para su titular, considero que en este caso la justicia operaría en el sentido de no incluir la valoración de estos bienes en el patrimonio de su dueño (35).

(35) En relación con el tema, LASARTE Y VALPUESTA, aludiendo a la pensión española, se plantean la cuestión de si a los efectos de ésta se ha de tener en cuenta para valorar la posición del esposo potencialmente deudor, todo su patrimonio incluidos los bienes raíces, el capital e incluso aquéllos que son improductivos o sólo determinada clase de bie-

Has aquí he analizado los distintos elementos que en el Ordenamiento italiano integran la noción de "condiciones económicas de los cónyuges" y que, como ya fue apuntado, constituye uno de los presupuestos básicos del "assegno" italiano. Este análisis, junto con el que, y a lo largo de esta exposición se llevará a cabo en relación con las tendencias seguidas en otros países, servirá de punto de comparación y referencia para concretar y precisar el significado que en el Derecho español ostenta la oscura y conflictiva noción de "desequilibrio económico", en cuanto presupuesto fundamental del derecho de pensión consagrado en el art. 97 C.c.

Seguidamente, pienso que sería conveniente, hacer una referencia al segundo de los presupuestos que el art. 5 de la Ley italiana de Divorcio de 1970 regula junto a "las condiciones económicas de los cónyuges": "la razón de la decisión".

nes y recursos. La solución a la que llegan, y que nos parece la más acertada, es la de considerar que, a estos efectos, sólo se han de apreciar aquellos bienes y recursos que significan realmente una disponibilidad económica de su titular, suponiendo para el mismo un determinado poder adquisitivo. LASARTE ALVAREZ Y VALPUESTA FERNANDEZ: op. cit., p. 750.

La referencia normativa que el art. 5 de la Ley italiana hace a este criterio, ha de entenderse en el sentido de que el Juez, al fijar la pensión, no podrá eludir, sino que por el contrario deberá investigar, el comportamiento más o menos culpable de los cónyuges; es decir deberá precisar cuál ha sido la participación de cada uno de los cónyuges en la cesación de la comunidad de vida y por tanto del divorcio.

Adelantándome a lo que, con mayor profundidad expondré más adelante, creo que es conveniente señalar cómo el legislador español intentó huir en todo momento del carácter sancionador del divorcio de forma que, para nada se tuviera en cuenta la actitud de las partes en el conflicto. Se desvió así de la idea de divorcio-sanción para acoger, siguiendo el modelo de la mayoría de los ordenamientos europeos, el llamado divorcio-remedio. De acuerdo con éste las causas de ruptura del vínculo conyugal se presentan mediatizadas por un hecho objetivo cual es el del "cese efectivo de la convivencia conyugal" sin que, salvo en la causa quinta, se manifieste claramente la presencia de la culpa.

No sucede lo mismo en el Derecho italiano donde a través de la sistemática del art. 3 de la Ley del Divorcio, en el que se enumeran las causas por las que el mismo puede tener lugar, se comprueba cómo la culpa

Juega un papel importante y, no sólo en el aspecto causal, sino también en el de los efectos.

Vistos los dos presupuestos que el artículo 5 de la Ley italiana considera como fundamentales para fijar el "assegno", salta a la vista, cómo, al igual que sucede con el art. 97 C.c. no resulta fácil la delimitación del supuesto de hecho de la norma. Ello es así por cuanto que, si bien fija unos presupuestos principales para orientar al Juez acerca de los criterios que deberá tener en cuenta para otorgar la pensión, posteriormente añade otros elementos, diferentes a los anteriores, cuya función no aparece bien definida y que son los que, en último término, hacen laboriosa su interpretación. Tales elementos son: "la contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio común".

Tomando como base las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia italiana, puede afirmarse que, estos factores -junto con otros muchos- son los que han de llevar a configurar y a dejar sentado uno de los dos presupuestos determinantes del "assegno"; esto es, son los que contribuyen a integrar "las condiciones económicas de los cónyuges". En consecuencia, tales circunstancias: "contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la fami-

lia y a la formación del patrimonio común", habrán de ser tomados en consideración, no sólomente como parámetros determinantes de la cuantía del "assegno", sino también, y sobre todo, como datos fundamentales para la concesión del mismo.

A la vista de estas reflexiones, debe afirmarse, que las soluciones a que se han llegado en este Ordenamiento, si bien elaboradas a través de la doctrina y de la Jurisprudencia, deberán ser tomadas en consideración en nuestro Ordenamiento, al objeto de dar una mayor precisión y claridad al que se configura como presupuesto básico de la pensión por desequilibrio económico prevista en el art. 97; esto es, al desequilibrio económico experimentado por alguno de los esposos con posterioridad a la separación o al divorcio. Delimitado este concepto, quedará solucionada la cuestión de cuáles son los elementos que lo originan y, cuáles quedan fuera de su contenido.

B) Francia

En la búsqueda de lo que, en último término, se configura como el objetivo primordial de este Capítulo: la delimitación de los factores que integran el desequilibrio económico y, en consecuencia, los presupuestos del derecho a pensión, no puede obviarse el Sis-

tema que -al menos en teoría- ha conformado el modelo de la Reforma española; se trata del adoptado por el legislador francés por Ley de 11 julio 1975 (36), modificadora de los arts. 229 y ss del Code y conformadora -a través de su art. 270- de una nueva figura llamada "prestación compensatoria".

Dicho art. 270 establece que: "Salvo en los casos en que el divorcio sea pronunciado por ruptura de la vida en común, el divorcio pone fin al deber de socorro previsto por el art. 212 del Code, pero uno de los esposos puede quedar obligado a entregar al otro una prestación destinada a compensar en la medida de lo posible la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas de los cónyuges".

Siguiendo a CHOAIN-DESCAMPS-ROYER (37), el término "disparidad" a que alude el artículo, sugiere

(36) Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

(37) CHOAIN-DESCAMPS-ROYER: "Le divorce et la séparation de corps". La pratique récente, L'information juridique. Editions de Vechi. París, 1979, p. 208; Vid. también: LINDON, R.-BERTIN, PH.: "Divorce 76". Loi du 15 juillet 1975. Decret du 5 decembre 1975. Textes, commentaires, tableaux, formules, Librairies techniques. París, 1976, p. 56.

la idea de "desproporcion". La Ley precisa que, la prestación debe compensar tal disparidad, "en la medida de lo posible", de forma que, mediante esta expresión queda patente la enorme discrecionalidad que en este extremo le viene conferida al Juez. A mi juicio, la amplitud de dicha locución sitúa al que ha de señalar la prestación en una posición difícil por cuanto que es a él a quien, en último término, la corresponderá fijar cuál es la medida en que uno de los cónyuges puede compensar al otro. A fin de llevar a cabo esta penosa tarea, el legislador francés ha proporcionado al juzgador unos medios que, como posteriormente tendremos ocasión de ver, vienen definidos en orden a los recursos del cónyuge deudor y a las necesidades del acreedor; tales necesidades y recursos, a su vez, deberán ser valoradas a tenor de una serie de circunstancias que son las que, sin duda han servido al legislador español de modelo fiel en la redacción del artículo 97 C.c.

A mi modo de ver, si bien en la redacción de dicho art. 97 C.c., se ha querido seguir la línea adoptada por el legislador francés en el art. 272 Code acerca de los índices que han de tenerse en cuenta para fijar la pensión, desgraciadamente, nuestro legislador no ha sabido darse cuenta que el contexto que rodea a las circunstancias francesas en nada se asemeja al español, y no sólo por la gran tradición divorcista que arrastra

... primero, sino también porque la compleja y equilibrada estructura que dirige el sistema francés nada tiene que ver con la confusa y mal estructurada regulación que se aprecia en la Ley 30/1981 de 7 julio; nuestro legislador, ha cometido el error de copiar unos datos que, si bien en el Code desempeñan una función clara y delimitada, en nuestro C.c. -y ello por las razones que a lo largo de este estudio se irán adivinando- no aparecen definidos con tanta precisión configurándose su cometido y función como algo confuso y de difícil concreción.

Siguiendo con la interpretación del artículo 270 del Code, a mi modo de ver, del vocabulario utilizado puede desprenderse que la intención perseguida por el legislador francés, no ha sido la de asegurar, mediante la "prestación compensatoria", la igualdad aritmética entre los esposos una vez producido el divorcio; en realidad lo que se pretende es impedir que como consecuencia de la ruptura del vínculo conyugal, se produzca entre los cónyuges una desigualdad considerable en sus condiciones de vida respectiva. Un afán excesivo de igualación entre los esposos podría conducir a situaciones anormales. CHOAIN-DESCAMPS-ROYER (38) consideran que "existen disparidades que derivan de la naturaleza de

(38) CHOAIN-DESCAMPS-ROYER: op. cit., p. 208.

las cosas y por tanto muy difícil de igualar y compensar". Este razonamiento, lo ilustran con un ejemplo que expongo a continuación:

"Supongamos que un médico altamente especializado, se casa con una joven mujer sin formación ni profesión alguna, y que después de algunos años sobreviene el divorcio por culpas compartidas. En esta hipótesis, la disparidad o desproporción ¿será imputable a la ruptura matrimonial o bien a la diferencia sensible de formación entre los esposos?".

Ante esta disyuntiva, pienso, que la solución correcta ha de dirigirse en el sentido de considerar que, puesto que el matrimonio constituye una comunidad de vida voluntariamente aceptada por ambas partes, el hecho de que una de ellas acceda al mismo sin ningún tipo de formación cultural, mientras la otra lo hace con un alto nivel profesional, no quiere decir en modo alguno, que producida la disolución del matrimonio, el Juez haya de proceder -en virtud del art. 270- a igualar a los esposos en sus condiciones personales y profesionales. Tal pretensión devendría absurda y de imposible materialización. Lo que en realidad ha de perseguirse ante tal situación es procurar compensar a aquél de los cónyuges que llegó al matrimonio en inferior posición, personal y profesional, de las consecuencias que se han de

rivado de tal inferioridad y que una vez disuelto el matrimonio le llevarán a soportar unas difíciles condiciones de vida. En el caso expuesto, si bien objetivamente se observa entre los esposos una desproporción en sus respectivas formaciones culturales y profesionales, no es a esta "disparidad" a la que hace referencia el art. 270 del code como objeto de compensación sino que la desigualdad que, a estos efectos, adquiere relevancia es la que surge en las condiciones de vida de una de las partes una vez disuelto el matrimonio como consecuencia de esta ruptura.

Comprobado por el Juez que tal desigualdad se ha producido, el paso siguiente es el de fijar la "prestación compensatoria". Para llevar a cabo esta labor -a tenor del art. 271 Code- el Juez deberá atender "a las necesidades del que recibe la prestación y a los recursos del que la entrega teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y en un futuro previsible" (39). De la redacción del artículo se desprende el carácter alimenticio que encierra esta prestación; carácter que sorprende en cierta medida si se tiene en

(39) Vid. MARTY, G.-RAYNAUD, P.: "Droit Civil". Les personnes. P. Raynaud. 3^a edition. Editions Sirey. París, 1976, p. 428.

cuenta a finalidad compensatoria que expresamente le viene atribuida por el propio Code (40).

Resulta también extraño en el art. 271, el período de tiempo que el Juez deberá tener presente para apreciar las necesidades y los recursos de los esposos. Así, se deberá atender, no solamente a la situación en que los cónyuges quedan después del divorcio, sino también a la evolución de la misma en un futuro previsible. ¿Hasta qué punto es aconsejable que el legislador pretenda conciliar las relaciones pecuniarias de los ex-esposos con las exigencias de un futuro previsible?. Tal actitud, a mi juicio, no conduce sino a reconstruir la situación matrimonial anterior, encubriendo un deber de socorro que, al menos en teoría, ha desaparecido tal y como expresamente lo establece el art. 270 Code.

(40) En estos términos se pronunciaba también el Presidente de la Comisión Legislativa de la Asamblea Nacional, Sr. Foyer, el cual, a propósito del art. 271 Code, se preguntaba si el carácter alimenticio atribuido a esta prestación, no estaría en contradicción con la finalidad enunciada en el art. 270 y, sobre la cual se ha insistido reiteradas veces, de alocación destinada a compensar la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas de los cónyuges. Dato extraído de MAZEAUD, H.L. y J.: "Leçons de Droit Civil". Tome premier (sixième édition) par M. de Juglart. Troisième Volume. Les personnes: Mariage, filiation, incapacité, divorce et separation de corps. Editions Montchrestien. París, 1976, p. 960.

En cualquier caso y como observan LINDON Y BERTIN (41), "la tarea que le ha sido encomendada a los Tribunales, se presenta hartamente difícil. Ante tales situaciones, no se hace otra cosa que atribuir a los Jueces el papel de "futurólogos" encargados de prever, mediante datos presentes, la situación futura de los antiguos esposos".

No es ésta, creo, la idea que latió en la mente del legislador francés. A mi modo de ver, cuando éste demanda al Juez que al fijar las necesidades y los recursos de los esposos tenga en cuenta "la evolución de su situación en un futuro previsible", se le está requiriendo para que a la vista de la situación actual de cada uno, y tomando como punto de referencia los datos presentes de edad, salud, cualificación profesional, aptitudes para nuevos empleos... etc, se forme una idea -al igual que podría hacerlo cualquier otra persona- de la situación en que transcurrido algún tiempo podrían encontrarse los cónyuges. Supongamos que uno de ellos,

(41) LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 58. Según ellos la tarea del Juez se hace muy dura por cuanto que no dispone, como los ingenieros, de elementos propios, debiendo trabajar sin criterios generales sobre casos particulares. Así, al mismo tiempo que se les invita a preve lo imposible, se les prohíbe todo error.

momento del divorcio, carece de todo tipo de formación intelectual, no ha desempeñado nunca otra labor que no fuera la propia del cuidado de la casa y los hijos, o, si lo ha hecho ha sido interrumpida al momento del matrimonio o del embarazo, no es joven y su salud es defectuosa; en resumen, no está en disposición de iniciar una nueva vida ni personal ni profesionalmente. Evidentemente, ante tal situación, cualquier persona estaría en disposición de asegurar que la deteriorada posición en la que esta persona se encuentra al momento del divorcio, va a prolongarse en el tiempo e incluso no va a cambiar nunca.

A la vista de lo expuesto, considero, que si bien la referencia que hace el Code en su art. 271 a "la evolución de la situación de los cónyuges en un futuro previsible", en cierta medida supone el arrastrar o dilatar en el tiempo una situación creada por y durante el matrimonio, no por ello deja de ser oportuna y en gran medida justa, por cuanto que, sin duda, tal evolución va a conformarse en la mayor parte de los casos como el fruto o resultado de la precedente vida conyugal.

Concretando el punto que venimos desarrollando, debe decirse que el Tribunal para proceder a la fijación de la prestación compensatoria deberá tener en cuenta las necesidades que para el que tiene derecho a

la prestación se derivan de la disparidad ocasionada por la ruptura del vínculo -apreciadas no sólo en el momento actual sino también en un futuro previsible- así como los recursos del obligado a entregarla que, al igual que las necesidades, deberán ser computadas en los dos momentos. En relación con tales recursos debo precisar que, si bien la apreciación de las necesidades futuras de una persona constituyen una labor relativamente sencilla, no lo es tanto la de aquilatar los recursos futuros; ello por cuanto que tal apreciación estará sometida a un mayor grado de riesgo, por cuanto que la supervivencia de un golpe de revés o, por el contrario, de fortuna, son datos que quedan fuera del alcance del juzgador.

En cualquier caso, necesidades y recursos de los esposos son los dos criterios que, a tenor del precepto, deberán ser objeto de investigación por el Tribunal para valorar la desproporción o disparidad de los cónyuges originada por el divorcio.

El legislador francés, minucioso en su regulación, no ha querido dejar al Juez sin unos índices que le facilite dicha investigación y que le ayude a concretar cuál es el verdadero alcance de estos conceptos de "necesidades" y "recursos". A tal fin, en el art. 272 del Code se enumeran unas circunstancias que, tal como

adelante en páginas precedentes, son las que han servido al legislador español de modelo y guía para la configuración del artículo 97 C.c., regulador de la pensión.

El artículo 272 Code dice así: "en la determinación de las necesidades y de los recursos de los esposos, el Juez tomará en consideración principalmente:

- La edad y el estado de salud de los esposos
- El tiempo ya consagrado o que será necesario consagrar a la educación de los hijos
- Sus cualificaciones profesionales
- Sus disponibilidades para nuevos empleos
- Sus derechos existentes y previsibles
- La pérdida eventual de sus derechos en materia de pensiones de reversión
- Sus patrimonios tanto en capital como en renta después de la liquidación del régimen matrimonial" (42).

(42) En el texto inicial del Proyecto del Gobierno elaborado por René Floriot, el orden de los elementos a tomar en consideración era el ss: 1º) El patrimonio de los esposos, tanto en capital como en renta, teniendo en cuenta la liquidación del régimen matrimonial. 2º) Sus derechos adquiridos o previsibles. 3º) Su edad y su estado de salud. 4º) Sus

Merece la pena, llegados a este punto, y al objeto de verificar la observación anterior, relativa a la semejanza de tales índices con los plasmados en el derecho español, señalar cuales son éstos. Según nuestro C.c. el derecho a pensión "se fijará en la resolución judicial teniendo en cuenta, entre otras las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges
2. La edad y el estado de salud
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo
4. La dedicación pasada y futura a la familia
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal

cualificaciones profesionales. 5º) Su disponibilidad para nuevos empleos. 6º) El tiempo ya consagrado o que será necesario consagrar a la educación de los hijos. Como podemos apreciar, en la redacción final de la Ley, el orden fue alterado añadiéndose "la pérdida eventual de los derechos en materia de pensiones de reversión". En contrapartida, no se incluyó, como se había solicitado por la Asamblea Nacional, la duración del matrimonio.

7. La pérdida eventual de un ~~divorcio~~ de pensión
8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge".

Ambas enumeraciones -la del art. 272 del Code y la del 97 C.c- se dan a título de ejemplo. Y ello por las respectivas expresiones utilizadas al comienzo de su enunciación: "principalmente" y "entre otras" (43).

El conjunto de estos índices contenidos en ambas enumeraciones van a servir para que los tribunales puedan formarse una idea, una vez investigados, de los bienes o expectativas que configuran tanto la situación existente al tiempo de la disolución del matrimonio como la habida anteriormente durante el período matrimonial, así como también las actividades personales, laborales y familiares realizadas durante el mismo.

(43) En el Proyecto del Gobierno, la enumeración del art. 97 aparecía como taxativa al no incluirse en su redacción la expresión "entre otras". Esta fue añadida en el Informe de la Ponencia, de forma que, conforme a la actual redacción no cabe duda de que tal enumeración no constituye un "numerus clausus", sino que se configura como meramente ejemplificativa. Esta observación coincide con los comentarios hechos por Fosar Benlloch al Proyecto del Gobierno y a la Ley. En el tomo II, volumen 2º en el que comenta el Proyecto, afirma que "mientras que la enu-

Estos datos, tal como luego veremos, son los que, en último término, van a determinar la procedencia o la denegación del derecho de pensión posterior al divorcio; ello sin perjuicio de que a través de ellos, el Juez, una vez consolidada la procedencia de este derecho, proceda a la cuantificación del mismo. Esta tarea de determinación del montante de la pensión, supondrá para el Juez una labor ardua y penosa por cuanto que, careciendo de medios adecuados, habrá de trabajar sobre la base de elementos abstractos y de difícil valoración pecuniaria.

meración del art. 272 del Code es ejemplificativa, la del art. 97 no permite tal interpretación "ad exemplum". Por el contrario en el tomo II, volumen 1º en el que comenta la redacción definitiva establece que "las circunstancias que contempla el art. 97 C.c. para la fijación de la pensión no constituyen un "numerus clausus" sino que son ejemplificativas". FOSAR BENLLOCH, E.: "Estudios de Derecho de Familia". La separación y el divorcio en el derecho español vigente. Bosch Casa editorial, S.A. Barcelona, 1982. Tomo II, volumen 1º, p. 410; tomo II, volumen 2º, p. 864.

Por su parte, LASARTE Y VALPUESTA, opinan que, "nada obsta e, incluso puede ser conveniente la apreciación por el Juez de otros datos que estime oportunos para el supuesto concretos que se le plantea; si bien es aconsejable que sean similares a las que establece el mandato legal o, al menos, que no supongan una desviación en el significado de la pensión. LASARTE ALVAREZ Y VALPUESTA FERNANDEZ op. cit., p. 753.

En cualquier caso, son estas índices contenidos en ambas enumeraciones -francesa y española- los que deberán tomarse en cuenta por los respectivos legisladores para la fijación de la pensión.

Como puede apreciarse la afinidad entre estas enunciaciones es notable, y dado que la concerniente al Derecho español ha sido redactada seis años después de la francesa, se presenta aquella como una copia de ésta, o, en otras palabras, la enumeración de los índices elegidos por el legislador francés ha constituido el modelo fiel a seguir por el español. No obstante esta semejanza, la igualdad no es absoluta.

El art. 272 del Code, en cuarto lugar alude a "los derechos existentes y previsibles de los cónyuges" y en quinto, a "la pérdida eventual de un derecho de pensión en materia de reversión". Por su parte, el C.c. ha englobado ambas circunstancias en una sola, enumerada en séptimo lugar: "la pérdida eventual de un derecho de pensión".

El art. francés a través del índice relativo a "los derechos existentes y previsibles de los cónyuges" quiere dar cabida, entre los criterios de fijación de la prestación compensatoria, a las expectativas de derecho, es decir, a los derechos eventuales que alguno

de los cónyuges está llamado a percibir por razón de la precedente convivencia conyugal (44). Cabría incluir dentro de éstos: los derechos sucesorios, de retiro, de viudedad asistencia sanitaria...

En el Proyecto del Gobierno de la Ley francesa de 11 de julio 1975, esta circunstancia era la única que dejaba una puerta abierta a la inclusión de tales expectativas. En la redacción final de la Ley se añadió un nuevo índice cual es el de "la pérdida eventual de los derechos de pensión en materia de reversión". De esta forma puede afirmarse que, mientras que con la circunstancia cuarta del art. 272 el Juez deberá valorar en sentido positivo, los derechos de que el cónyuge divorciado va a gozar una vez disuelto el matrimonio y que en buena medida compensarán su situación desfavorable, en virtud de la quinta circunstancia lo que deberá constituir objeto de valoración, no es otra cosa que la pérdida de tales derechos de pensión que, como consecuencia directa del divorcio, va a sufrir el cónyuge económicamente más débil. Como ya adelantábamos en líneas ante-

(44) SANTOSUOSSO precisa que el Juez debe tener en cuenta como dato de gran relevancia, la pérdida de expectativas futuras conexas al estado conyugal. Vid. SANTOSUOSSO, F.: "Commentario del Codice Civile", I. Delle persone e della famiglia. Torino, 1978, p. 823.

riores, ésta ha sido la fórmula adoptada por la Ley española de 7 de julio 1981 modificadora de la regulación del matrimonio en el C.c.

Siguiendo en esta línea comparativa entre las enumeraciones de los arts. 272 del Code y 97 del C.c., hay que señalar que la tercera circunstancia que preceptúa éste último -"la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo"- no es sino una refundición de los índices tercero y cuarto del Code, que hacen referencia respectivamente a "las cualificaciones profesionales" y a "la disponibilidad para nuevos empleos" (45).

Sin duda alguna, la acogida por parte del legislador español de esta circunstancia constituye un gran acierto, sobre todo teniendo en cuenta la actual

(45) En el Proyecto de Gobierno de la Ley española se contemplaban en una misma circunstancia -la segunda- la edad, la salud y la cualificación profesional, omitiéndose cualquier referencia a las posibilidades de acceso a un empleo. Fue en el Informe de la Ponencia, donde se desdobló en dos, añadiéndose a la cualificación profesional, las probabilidades de acceso a un empleo; en la redacción final de la Ley quedaron como circunstancias segunda y tercera respectivamente: "la edad y el estado de salud" y "la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo".

situación de la economía española y el elevado índice de paro que se registra en nuestros días.

Una nota de gran trascendencia que el legislador francés ha incluido en su formulación y que sin embargo no lo ha hecho el español, es la concerniente a la liquidación del régimen económico matrimonial como posible elemento corrector del inicial desequilibrio o disparidad de condiciones entre los cónyuges.

El art. 272 del Code, en último lugar, recoge como dato a valor por el Juez "el patrimonio o ingreso de los cónyuges después de la liquidación del régimen matrimonial". MASSIP señala que "esta fórmula no debe llevarnos a creer que es necesario esperar a la liquidación del régimen económico matrimonial para fijar la prestación compensatoria. La fórmula legal significa solamente que el Juez, para llevar a cabo esta tarea deberá tener en cuenta los resultados previsibles de la liquidación. Esto es así por cuanto que la atribución a favor de uno de los cónyuges de la mitad de una importante comunidad vendrá a disminuir las necesidades del esposo acreedor" (46).

(46) MASSIP, J.: "La Reforme du divorce". Preface de

Sin duda alguna, este índice o circunstancia adquiere gran importancia en materia de fijación de la pensión.

Dependiendo del régimen económico a que hayan estado sometidos los cónyuges durante el matrimonio, su situación patrimonial al momento de su disolución puede variar notablemente; es decir, dependiendo de que hayan escogido un régimen comunitario o uno separatista podrá quedar reducida en buena medida, la situación desfavorable que el divorcio haya ocasionado a alguno de los esposos.

No resulta difícil comprobar cómo, habiéndose adoptado durante el matrimonio un régimen de tipo comunitario, por ejemplo el de sociedad de gananciales, disuelto el matrimonio y verificada la liquidación del régimen, el esposo que como consecuencia del divorcio haya quedado en peor situación económica, podrá ver restablecida su posición a través de la mitad de los bienes gananciales que por Ley les corresponden (47).

Jean Carbonniere. Repertoire du Notariat Defrenois.
París, 1976, p. 219, nota 240.

(47) Vid. Art. 1.344 C.c.

Con la misma facilidad puede apreciarse que la solución a que se llega es virtualmente distinta en los casos en que los esposos hayan decidido acogerse a un régimen separatista.

En el régimen de separación, durante su vigencia, cada cónyuge es dueño, según el art. 1.437 C.c., de todos los bienes que tuviese en el momento inicial así como de los que adquiriera después por cualquier título. Así pues, cada esposo dispone de una masa patrimonial independiente y desvinculada de la del otro. Siendo ésto así, al momento de la liquidación, a cada uno le corresponderá únicamente los bienes que haya acumulado como capital propio, sin ningún tipo de acceso a las ganancias ni a los bienes que el otro cónyuge haya obtenido durante el matrimonio.

Como consecuencia de ello, el esposo que no haya tenido posibilidad de acopiar su propio capital, experimentará un apreciable empeoramiento en sus condiciones de vida personales y patrimoniales. Durante el matrimonio, mientras los cónyuges vivían juntos, ingresaban en el hogar familiar dos patrimonios, al disolverse y proceder a la liquidación del régimen económico, cada esposo ha de continuar con el capital personal acumulado durante el matrimonio.

La adopción de un régimen separatista, pienso que tendría sentido e incluso podría resultar beneficioso, en aquellos casos en que, tanto el marido como la mujer se encuentren en disposición de realizar un trabajo remunerado que les permita a ambos obtener durante el matrimonio unos ingresos propios que constituyan a engrosar su patrimonio personal. Contrariamente, no parece aconsejable para aquellos matrimonios en los que, por no desarrollar los dos cónyuges una actividad lucrativa, las posibilidades de formación de patrimonios propios durante la vida conyugal es sensiblemente distinta para uno y otro esposo (48).

(48) Estos temores ya fueron resaltados en las Jornadas de Catedráticos y Profesores agregados de Derecho civil desarrolladas en Valencia en el año 1975 al examinar los anteproyectos de Reforma que, sobre la sociedad de gananciales, llevaba a cabo la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. En estas Jornadas y, al apuntarse como régimen supletorio de primer grado el de la separación de bienes, se observó entre los inconvenientes de éste, aparecía como fundamental el del desamparo el que puede encontrarse el cónyuge sobreviviente, en caso de extinción del régimen por muerte de uno de los cónyuges, sobre todo si es el económicamente más débil.

Por analogía, y dado que estas Jornadas se llevaron a efecto en el año 1975, en que aún no existía el divorcio, pienso que el mismo inconveniente podría predicarse en los casos de extinción del régimen de separación por causa de disolución del matrimonio.

Dato extraído de DE LEON ARCE, A.: "Los sistemas

Lo que en definitiva se persigue con el régimen de separación es garantizar entre los cónyuges una igualdad, ya sea en sus condiciones socio-económicas, ya sea en sus respectivas capacidades de ganancia; estimular a los esposos para que cada uno sea capaz de subvenir, por sus propios medios, a las necesidades de la vida. Así pues, allí donde existan iguales o parecidas posibilidades de ganancia para ambos cónyuges, éste régimen se configurará como el más idóneo para evitar, ante posibles situaciones de conflicto matrimonial, la descompensación de los esposos; por el contrario, cuando la potencialidad para la acumulación de ingresos propios sea escasa o nula para alguno de ellos, la adopción de este régimen, podría llevar a éste -económicamente más debil- a una penosa situación.

Distinto es el fundamento que guía el régimen de sociedad de gananciales. A través de él lo que se

económicos matrimoniales de tipo mixto": El Régimen de Participación. Servicio de Publicaciones Universidad de Oviedo, 1984, p. 219.

En relación con el tema Vid. POISSON, E.: "Le changement de regime matrimonial". Rev. Tr. Dr. Civ., 1969, p. 472; PATARIN, J. et ZAJTAY, I: "Le regime matrimonial legal dans les legislations contemporaines". 2ª édition. Travaux et Recherches de l'Institut de Droit Comparé. Edit. A. Pedone. París, 1974; BYDLINSKI, F.: "La Riforma della disciplina dei rapporti patrimoniali fra coniugi in Austria". Riv. Dir. Civ., 1978, sett-ott., p. 662.

pretende es garantizar el reconocimiento de la igual participación de los cónyuges a la formación del patrimonio familiar durante el período matrimonial. En dicha participación, como tendremos ocasión de observar más adelante, habrá de computarse como contribución a la formación del patrimonio familiar, el trabajo doméstico de la mujer (49).

En relación con el régimen más idóneo, a efectos de evitar la desigualdad patrimonial entre los esposos al extinguirse la sociedad conyugal, hay que destacar la opinión sostenida por DE LEON ARCE (50) según la cual, "lo más trascendente en el momento de la disolución del régimen económico es que los cónyuges puedan participar de los beneficios obtenidos durante el matrimonio, lo cual se conseguirá no sólo con un régimen de comunidad sino también con los de tipo mixto, que a la

(49) DI MAJO considera que el régimen comunitario tiende a retribuir en buena medida el trabajo que la mujer desarrolla en el ámbito de la familia, por cuanto que siendo de otro modo, al no estar su actividad valorada en el mercado, se producirá en perjuicio de ella una posición totalmente desventajosa. DI MAJO, A.: "Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi". Riv. Dir. e Proc. Cic. giugno 1981, nº 2, p. 353.

(50) DE LEON ARCE, A.: op. cit., p. 220.

vez respetan la equiparación de los cónyuges mediante su plena igualdad e independencia patrimonial".

La solución propuesta me parece acertada, ya que a través de éstos regímenes de tipo mixto lo que se pretende es combinar la independencia y libertad de los cónyuges en la esfera de sus relaciones personales y patrimoniales, con la posibilidad de participar en el momento de la extinción del régimen, en las ganancias obtenidas por cada uno de los esposos durante la vigencia del matrimonio.

A tenor de estas connotaciones, si bien puede confirmarse lo que en párrafos anteriores se apuntaba acerca de la importancia que adquiere el régimen económico para la concesión o, en su caso denegación de la pensión, se debe dejar claro que la presencia de cualquiera de estos regímenes no puede conducir automáticamente a la exclusión del derecho de pensión, sino que, en puridad, tal dato servirá de elemento corrector del desequilibrio que puede experimentar alguno de los esposos una vez disuelto el matrimonio.

Un dato que no puede pasar desapercibido en la confrontación que venimos realizando entre el art. 272 del Code y el art. 97 C.c., es el relativo a la no inclusión dentro del primero, de unos índices o circuns-

tancias que sí han sido recogidos por el legislador español. El Code entre los índices valorativos para la fijación de la prestación compensatoria no recoge ni "la duración del matrimonio", ni "la colaboración de uno de los cónyuges con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro"; factores éstos, que en el art. 97 se sitúan en sexto y quinto lugar respectivamente. Esta omisión, a mi modo de ver, en modo alguno constituye un olvido del legislador francés, ya que estas circunstancias aparecen recogidas en el art. 280-1 como condiciones de atribución de la que, en el Sistema francés ha sido llamado "Indemnización Excepcional".

Esta figura aparece recogida como una excepción a la denegación de la "prestación compensatoria" a aquél de los cónyuges que por su falta exclusiva haya motivado el divorcio. Este cónyuge, en principio no tiene derecho a ninguna prestación, si bien, debido a que ante determinadas situaciones, tal medida podría resultar injusta, el legislador francés ha hecho nacer esta figura excepcional. El art. 280-1 dice: "El esposo por cuya culpa exclusiva haya sido pronunciado el divorcio, no tiene derecho a ninguna prestación compensatoria. Sin embargo puede obtener una indemnización a título excepcional si, teniendo en cuenta la duración de la vida común y la colaboración aportada a la profesión del otro

esposo. Parece manifiestamente contrario a la equidad rehusarle toda compensación pecuniaria después del divorcio". De este artículo se desprenden las condiciones necesarias para que opere tal indemnización. Así:

- 1ª. Que el matrimonio haya tenido una larga duración.
- 2ª. Que el cónyuge haya colaborado en la profesión del otro esposo.
- 3ª. Que, en definitiva, la negación de toda prestación compensatoria sea, teniendo en cuenta los datos anteriores, contrario a la equidad. La Ley exige que el atentado contra la equidad tenga un carácter manifiesto.

Solamente cuando confluyan estas condiciones surgirá, en cabeza del cónyuge culpable, el derecho a recibir la indemnización. La necesidad de que se acumulen estas circunstancias es suficiente para dar al texto un carácter restrictivo; el legislador francés, no obstante, ha estimado necesario precisar que la entrega de esta indemnización ha de ser excepcional, subrayando, así, su intención de hacer del art. 280.1 párr. 2º una disposición de aplicación muy rara.

Sin duda alguna el fundamento de esta disposi-

ión hay que buscarlo en el deseo por parte del legislador de evitar toda suerte de enriquecimiento injusto, a favor del esposo que no habiendo intervenido en el divorcio con su culpa, se ha beneficiado del trabajo del cónyuge culpable. En aquellos casos en los que uno de los esposos -el culpable- ha participado durante la vida común en la profesión del otro, pudiendo tal colaboración aprovechar a éste último, parece injusto que la colaboración del primero no de lugar a ninguna indemnización mientras que con ella se ha enriquecido el otro cónyuge. La inocencia de éste último, dice BENABENT (51) "no debe permitir que surja a su favor un enriquecimiento exclusivo fundado en la actividad del esposo culpable (52). Ante tales situaciones, ¿cuál ha sido el cri-

(51) BENABENT, A.: "Divorce 76". Loi du 15 juillet 1975. Decret du 5 decembre 1975. Textes, commentaires, tableaux, formules. Librairies techniques. París, 1976, p. 257.

(52) "Imaginemos una situación en la que el divorcio ha sido pronunciado por la culpa exclusiva de la mujer en virtud de haber cometido adulterio. Esta mujer no tendría derecho ni a la prestación compensatoria del art. 270 ni a la pensión derivada del deber de socorro del art. 281. Ante tal situación la mujer alega que la vida en común ha durado largo tiempo y que, puesto que durante la misma ha aportado su colaboración a la actividad de su esposo, pide una compensación pecuniaria". A propósito de esta demanda extraída de LINDON Y BERTIN, el Ministro de Justicia francés hablaba de enriquecimiento sin causa. Los autores, en relación con el tipo de colaboración que es necesario haber desarrollado para

terio que han seguido los tribunales para fijar los casos en que procede la entrega de tal indemnización?. LINDON Y BERTIN (53) consideran "que la demanda de uno de los cónyuges pretendiéndola, sólo será fundada, en los supuestos en que el otro haya empleado el acrecimiento de los recursos y la ganancias que la colaboración de su cónyuge le haya proporcionado, para su uso exclusivo; por ejemplo realizando inversiones a su nombre de las cuales no podrá beneficiarse el esposo colaborador".

Esta conclusión es lógica ya que, cuando las ganancias o ingresos obtenidos durante el matrimonio en virtud de la colaboración prestada por uno de los cónyuges a la actividad principal del otro, han sido disfrutadas por ambos durante la vigencia del vínculo o bien, una vez disuelto éste a través de la liquidación del ré-

poder optar a esta indemnización señalan, a título de ejemplo, las ss: la ayuda en el comercio si el otro cónyuge es negociante; si se trata de un hombre que ejerce una profesión liberal, la ayuda prestada para el aumento de la clientela en virtud de relaciones sociales del otro cónyuge; si se trata de un pintor o un escultor por la ayuda prestada sirviendo de modelo. LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 67.

(53) LINDON Y BERTIN: ul. op. cit., p. 67.

gimen económico que el adoptado fuera de tipo comunitario, no puede apreciarse ningún tipo de enriquecimiento injusto. Y ello por cuanto que la colaboración aportada vendrá compensada por la atribución por mitad de los bienes gananciales.

Distinto sería el caso en que, como consecuencia de la adopción de un régimen separatista cada uno de los esposos tuviera su propio patrimonio desvinculado totalmente del del otro cónyuge y uno de ellos prestará su colaboración de forma desinteresada al trabajo del otro. El cónyuge que viera incrementado su patrimonio gratuitamente en virtud de esta colaboración, sin sufrir a cambio ningún perjuicio ni ofrecer contraprestación alguna, obtendrá, a mi modo de ver, un enriquecimiento injusto por cuanto que, a diferencia de lo que sucedía tratándose de un régimen comunitario, adoptándose uno separatista, el colaborador no va a recibir, al momento de la liquidación, ninguna compensación pecuniaria.

ALVAREZ CAPEROCHIPI (54) considera, que "una

(54) ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: "El enriquecimiento sin causa". Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1979, p. 83.

persona se enriquece cuando adquiere una ventaja patrimonial a la que no se corresponde recíprocamente una desventaja equivalente", precisando posteriormente (55) que "un enriquecimiento es injustificado cuando la ventaja en que consiste es disfrutada efectivamente por otra persona diversa de aquella a la que el derecho se le atribuía". Teniendo esto presente puede apreciarse cómo la ventaja patrimonial derivada de la colaboración de uno de los cónyuges, cuando éste no pueda participar y disfrutar de las ventajas que de ella se derivan, beneficiándose de ella exclusivamente el esposo que desarrolla la actividad principal, hace surgir a favor de éste un enriquecimiento injusto. Esta falta de equidad es, sin duda, la que trata de evitar el art. 280.1 Code mediante la indemnización al cónyuge culpable como compensación de la colaboración aportada.

Volviendo al tema que nos indujo al examen de

(55) ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: ult. op. cit., p. 102. Acerca del concepto de indemnización y enriquecimiento sin causa. Vid. SCARDULLA, F.: "La separazione personale dei coniugi". Appendice: il divorzio. Giufre editore. Milano, 1974, pp. 89 ss.; SCOGNAMIGLIO: "Indemnitá" Nss. Dig. ig. VIII. Torino, 1962, p. 595; ARIAS RAMOS, J.: "En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa" A.A.M.N. Tomo II. Edit. Reus. madrid, 1946, pp. 7 ss.; NUÑEZ LAGOS, R.: "El enriquecimiento sin causa en el derecho español". Edit. Reus, Madrid, 1934.

esta indemnización, volviendo a las circunstancias que aparecen en el Code como condiciones de atribución de la misma -"la duración del matrimonio" y la "colaboración de un cónyuge en las actividades profesionales del otro"- merece la pena destacar un dato que, en buena medida, puede ser una pista para seguir el camino que el legislador español ha tomado hasta llegar a la actual regulación del divorcio en el C.c.

Llama poderosamente la atención el hecho de que la suma de estas dos condiciones para la atribución de la indemnización excepcional y la de las circunstancias que establece el Code en su art. 272 -a las que ya hemos aludido en páginas precedentes- den como resultado los índices o circunstancias que el art. 97 de nuestro C.c. fija como criterios para la determinación del derecho a pensión.

Esta acumulación o reunión en un solo precepto de los índices que el legislador francés ha distribuido en dos artículos, comprensivos de diferentes supuestos de divorcio, encuentra su explicación a través del sistema causal del divorcio acogido por el legislador español. Nuestro C.c. engloba en un solo artículo las diferentes causas de divorcio que aparecen condicionadas por la noción "cese efectivo de la convivencia conyugal". Esto no significa que todas ellas obedezcan o puedan ser

encuadradas bajo un mismo tipo de divorcio. Por el contrario, aunque de forma enmascarada, el sistema de divorcio español consagra prácticamente todas las modalidades posibles: divorcio culpable, divorcio consensual y divorcio por ruptura de la vida en común (56).

Distinto es el sistema seguido por el Code. Este regula de forma específica y diferenciada, en artículos separados, tres clases de divorcio: 1º) por consentimiento mutuo. 2º) por ruptura de la vida en común. 3º) por culpa. A cada uno de estos supuestos se adscriben prestaciones pecuniarias distintas. Así, como ya vimos, procederá la prestación compensatoria para los casos de divorcio por consentimiento mutuo y en los de divorcio culpable, cuando la falta se deba a ambos cónyuges, a favor del más perjudicado y cuando sea debido a la culpa exclusiva de uno de ellos, a favor del inocente; en los casos de divorcio por ruptura de la vida común, tal como tendremos ocasión de comprobar más adelante, surge la pensión alimenticia derivada del mantenimiento del deber de socorro; por último, y en los casos en que el divorcio haya sido pronunciado por la culpa exclusi-

(56) Vid. ALONSO PEREZ, M.: "Comentarios al nuevo Título IV del Libro I C.c. dirigidos por Lacruz. Editorial Civitas. Madrid, 1982, pp. 558 ss.

va de uno de los cónyuges. Se prevé a su favor una indemnización excepcional cuando toda denegación de prestación pecuniaria resultara, teniendo en cuenta la duración del matrimonio y la colaboración prestada en la actividad profesional del otro cónyuge, contraria a la equidad.

Como vemos, el sistema francés es preciso y muy completo; su estructura, en materia de divorcio, viene configurada por varios supuestos de hecho regulados en diferentes artículos de los que se hace derivar prestaciones pecuniarias distintas, cada una de ellas fijada atendiendo a índices y circunstancias diversas. El sistema español obedece a una estructura que nada tiene que ver con ésta. En el C.c. se regulan varios supuestos de hecho agrupados en un mismo artículo de los que se deriva una sola pensión que atiende a los mismos criterios para todos los casos.

Las consecuencias a que conlleva esta confusa regulación son patentes. El legislador español al englobar en un mismo artículo todos los supuestos de divorcio se ha visto obligado, bajo pena de hacer perder al sistema toda coherencia, a reunir también en un mismo artículo y bajo una sola figura todas las prestaciones que el Code asigna a los diversos casos de divorcio que en él se preven. Como último paso para lograr refun-

di. Estas prestaciones no ha tenido más que incluir en un solo grupo todas las circunstancias que de una u otra forma influyen en las diversas prestaciones. Con este razonamiento se observa fácilmente el porqué la enumeración de las circunstancias del art. 97, es el resultado de las utilizadas por el legislador francés en dos supuestos diferentes.

Hasta aquí he concretado, mediante un estudio comparativo con el Derecho español, los índices o circunstancias recogidos por el legislador francés para precisar los recursos y las necesidades determinantes de la prestación compensatoria. Seguidamente, antes de pasar al examen de las tendencias que en este extremo han seguido otros Ordenamientos, y a efectos de completar la regulación del Derecho francés, paso a hacer una breve referencia a la pensión alimenticia regulada por el Code para los casos de divorcio por ruptura de la vida en común.

Para algunos autores (57), una de las innovaciones más significativas de la Reforma francesa de 1975, es la del mantenimiento del deber de socorro en

(57) MAZEAUD: op. cit., p. 948.

los casos en que el divorcio haya sido solicitado por ruptura de la vida en común de los esposos. El legislador no ha querido que la ruptura de la convivencia consagre la desaparición definitiva de los anteriores lazos matrimoniales.

Podría extrañar, que siendo esta modalidad de divorcio, por "cese efectivo de la convivencia" o por "ruptura de la vida común", la adoptada con carácter general por el legislador español, no haya sido también la pensión alimenticia la que -siguiendo la línea francesa-, se haya acogido como forma de pensión. Nuestro Código, huyendo del carácter alimenticio, ha seguido el Sistema arbitrado por el Code para la "prestación compensatoria" aplicable en supuestos de divorcio distintos al originado por ruptura de la vida en común.

Esta falta de interés por la pensión alimenticia se justifica debido a que, aún a pesar de la coincidente denominación entre la modalidad de divorcio -por ruptura de la vida en común- acogida por ambas legislaciones, su fundamento es diferente. Mientras que en el ordenamiento francés el dato del "cese efectivo de la convivencia conyugal" o de "ruptura de la vida en común", denota cierta culpabilidad por parte del que lo solicita, en el Derecho español, este parámetro se presenta como una nota objetiva en virtud de la cual se

pretende eludir ~~esta~~ por referencia a la culpabilidad; supone la constatación o confirmación de la irremediable situación entre los cónyuges.

Prueba de esta sustancial diferencia es el hecho de que en el Derecho francés, se obliga al demandante de tal forma de divorcio a soportar todas las cargas que de él se deriven (58), por considerarse injusto que aquél pueda llegar a desinteresarse totalmente de su cónyuge (59); de forma distinta, en nuestro Ordenamiento, la pensión del art. 97 podrá en principio ser otorgada a cualquiera de los esposos con independencia de que haya sido el demandante del divorcio o el cónyuge culpable, basta con que como consecuencia de la ruptura de la vida matrimonial haya experimentado un desequilibrio económico.

Este sistema de mantenimiento del deber de socorro en los supuestos de divorcio por ruptura de la vida común, ha sido acogido por la Ley francesa de 11 de julio 1975, a través de la fórmula del art. 265 Code:

(58) Vid. art. 239 Code: "El demandante del divorcio por ruptura de la vida común responde de todas las cargas".

(59) MASSIP: op. cit., p. 234.

"... esposo que ha tomado la iniciativa de divorcio queda enteramente obligado al deber de socorro".

El legislador exige al demandante, no solamente que soporte todas las cargas que de él se deriven, sino también, que esté en situación de soportarlas, debiendo precisar en la demanda "los medios por los cuales ejecutará sus obligaciones para el cuidado de su cónyuge y de los hijos" (60). El art. 52 del Decreto de 5 diciembre 1975 (61) completa esta disposición, indicando que "cuando el divorcio es pedido por ruptura de la vida común, la demanda inicial no será aceptada más que cuando contenga la exposición de los medios por los cuales el esposo que la presenta asegurará, tanto durante la instancia como después de la disolución del matrimonio, su deber de socorro así como sus obligaciones para el cuidado de los hijos" (62).

(60) Art. 239 Code... En su demanda debe precisar los medios con los que ejecutará sus obligaciones para el cuidado de su cónyuge y de los hijos".

(61) Decret n° 75-1.124 du 5 decembre 1975 portan reforme de la procedure du divorce et de la separations de corps.

(62) Según RUBELLIN-DEVICHI "estas medidas permitirán al Juez asegurarse de que el cónyuge rico o simplemente con medios suficientes no se sustraerá a sus obligaciones. Por otra parte, ello no obliga al magistrado a rehusar la demanda cuando el que pide

Queda así completado el Sistema de pensiones acogido por el Ordenamiento francés y puesta en evidencia la semejanza que, al menos formalmente, guardan la prestación compensatoria y la pensión por desequilibrio.

C) Inglaterra

Las últimas Leyes modificadoras del derecho de Familia en el Ordenamiento inglés (63), tienden a asegurar una protección financiera máxima a aquel de los esposos que, con posterioridad a la disolución del matrimonio, sufra un perjuicio.

El Tribunal puede acordar a partir de uno u otro ex-esposo una pensión alimenticia con el fin de si-

la ruptura no tiene nada o solamente su trabajo para vivir y hacer vivir a la familia que abandona: los textos relativos al pago directo y la recaudación pública de las pensiones alimenticias deben ser tomados en consideración en defecto de otras garantías posibles. "Cfr. RUBELLIN DEVICHI, J.: "La diminution de l'importance du mariage". L'admission du divorce par volonté unilatérale; en Mariage et famille en question sous la direction de Roger Nerson. Tome I. Institut de Droit comparé de l'Université Jean Moulin. Editorial du C.N.R.S. Lyon, 1978, p. 99.

- (63) En la actualidad el Divorcio está tipificado en la "Divorce Reform Act" de 1969 y en la "Material Proceeding and Property Act" de 1970 refundidas en la "Matrimonial Causes Act" de 1973.

tuarles, en la medida de lo posible, y teniendo en cuenta su actitud, en la misma situación financiera que la que tendrían si el matrimonio no hubiera fracasado y si cada uno de ellos hubiera cumplido correctamente sus obligaciones y hecho frente a sus responsabilidades.

El art. 25 de la "Matrimonial Causes Act" de 1973 dispone concretamente cuáles son los datos que el Juez deberá tener en cuenta para otorgar la pensión alimenticia. Así: "El Tribunal deberá tener en cuenta los elementos siguientes:

- a) Las rentas, la capacidad de ganancia, los bienes y otros recursos financieros que cada uno de los cónyuges tenga o habrá de tener verdaderamente en un futuro previsible.
- b) Las necesidades financieras, obligaciones y responsabilidades que cada uno de los cónyuges tenga o habrá de tener en un futuro previsible.
- c) El nivel de vida del cual gozaban los cónyuges antes del fracaso del matrimonio.
- d) La edad de cada uno de los cónyuges y la duración del matrimonio.

- e) Toda deficiencia psíquica o del espíritu de uno u otro cónyuge.
- f) Las contribuciones hechas por cada uno de los cónyuges al bienestar de la familia comprendiéndose como tales las realizadas en trabajos domésticos, cuidado de los hijos o de otros miembros de la familia.
- g) La pérdida para uno u otro cónyuge de toda pensión (por ejemplo una pensión de retiro) que, como consecuencia del divorcio o la anulación del matrimonio no podrá hacer suya.

La Corte -añade el artículo- debe ejercer sus poderes de una forma tal que los cónyuges sean colocados, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta su conducta, en la situación financiera que habrían tenido si el matrimonio no hubiera fracasado y si cada cónyuge hubiera cumplido sus obligaciones financieras y sus responsabilidades frente al otro" (64).

(64) Artículo extraído de los textos inéditos de la Comisión de Asuntos Europeos (C.A.E.) del Notariado Latino, 1982.

Como puede apreciarse, la enumeración de circunstancias que los Tribunales ingleses han de tomar en consideración, es completa y detallada. Fue a raíz de las recientes reformas operadas en la regulación del divorcio (65) cuando se operó en este ordenamiento un cambio radical en su estructura. Mientras que la "Matrimonial Causes Act" de 1857 establecía el llamado divorcio-sanción, en la actualidad se consagra como única causa de divorcio el "irremediable fracaso del matrimonio", tendiéndose así a la modalidad de divorcio objetivo o sin culpa. No obstante, la noción de falta no ha desaparecido totalmente de la Ley ya que se ha conferido al Juez el poder de tomar en consideración el comportamiento de cada uno de los cónyuges (66).

(65) Vid. nota 63.

(66) RENCHON señala cómo la Jurisprudencia reciente atribuye poca importancia a esta noción y así varias sentencias precisaron que "la falta no podía ser tomada en consideración más que si era particularmente grave y hacía surgir un desequilibrio manifiesto en la responsabilidad en que cada una de las partes incurrió". RENCHON, J.L.: "Les sequelles alimentaires du divorce en droit belge et en droit Comparé" en Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées por le Centre de Droit de la famille les 25 et 26 mars 1976. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1978, p. 352.

Por otra parte esta enunciación tiene un carácter taxativo y no ejemplificativo, ya que, a diferencia de lo que sucedía en las respectivas enumeraciones del art. 272 francés y 97 C.c. español, de su encabezamiento: "El Juez deberá tener en cuenta la totalidad de los elementos siguientes...", no puede desprenderse que se haya querido dar cabida a otros factores.

De entre estas circunstancias merece la pena destacar la relativa al "nivel de vida del que gozaba la familia con anterioridad a la ruptura del matrimonio". Si bien es cierto que la finalidad que persiguen la mayoría de los ordenamientos a través de la instauración de las pensiones posteriores al divorcio, es la de que ninguno de los cónyuges se encuentre, al producirse la ruptura del vínculo, en una posición netamente inferior a la que gozaba durante el matrimonio, son pocas las legislaciones que incluyen este elemento expresamente en el articulado de sus leyes y Códigos. Gran parte de los Ordenamientos, al objeto de consagrar como finalidad primordial de la pensión el que ninguno de los esposos sufran en sus condiciones de vida un sensible desnivel, insertan en su regulación una referencia a "las necesidades de los cónyuges". En estos casos, éste término ha de ser entendido en sentido amplio, poniéndolo en relación con el nivel de vida que disfrutaban durante el matrimonio.

Tal es el caso, entre otros, de la República Federal Alemana, el cual en su regulación acoge como presupuesto básico para la atribución de la pensión -alimenticia- la necesidad del cónyuge que la solicita.

D) Alemania

El Código Civil Alemán (67) prevé un derecho de mantenimiento posterior al divorcio de los parágrafos 1.569 a 1.586 B.G.B. Sólo el esposo que se encuentra en la necesidad puede pretender la atribución de una pensión alimenticia después del divorcio.

Según HOLZAUER (68) "el legislador ha partido de la idea de que el esposo divorciado dispone raramente de una fortuna que le asegure sus condiciones de

(67) La primera Ley de Reforma del Derecho del Matrimonio y de la familia fue publicada el 14 de junio de 1976. Las disposiciones relativas al divorcio entraron en vigor el 1 de julio 1977 reintegrándose en el Código civil alemán bajo el Título VII del Capítulo 1º (Matrimonio Civil) del Libro IV (Derecho de Familia).

(68) HOLZAUER, H.: "Le divorce et ses consequences" en Mariage et Famille en question. Allemagne. L'évolution contemporaine du droit allemand sous la direction de H.A. Schwaz-Liebermann von Wahlendorf. Centre National de la Recherche Scientifique. Centre Regional de publication Lyon. Institut de Droit Compare de l'Université Jean Moulin (Lyon III). Lyon, 1980, p. 132.

existencia de forma que, en la mayor parte de los casos, no puede proveerse a su mantenimiento sino mediante su capacidad de trabajo".

Esta es sin duda, la razón por la que el legislador alemán ha incluido entre las condiciones de atribución de la pensión, en los parágrafos 1.570 a 1.572, la imposibilidad moral de ejercer una actividad profesional. Inversamente, en el párrafo 1.577, regula la existencia de una fortuna o de recursos de otra naturaleza como motivos de exclusión de la misma. La existencia de una pensión supone que uno de los esposos no esté en condiciones de ejercer una actividad profesional por circunstancias tales como la dedicación al cuidado de los hijos, la edad, o enfermedad. El carácter preponderante y decisivo de la aptitud de los cónyuges para desarrollar una actividad laboral, es la nota dominante de la regulación establecida por el Código Civil Alemán para la pensión alimenticia posterior al divorcio.

No sólo se prevé el supuesto de que alguno de los cónyuges en razón de las circunstancias señaladas no pueda ejercitar una actividad profesional; es decir, no sólo el caso de que no tenga las condiciones exigidas para ello, bien por carecer de una formación, bien por encontrarse en condiciones de edad o de salud desfavorables, sino que también adquieren relevancia los supues-

tos en los que alguno de los esposos, teniendo aptitud y capacidad para desarrollar un trabajo, no puede encontrarlo. Esta situación se consagra en el parágrafo 1.573 párrafo 1º. A la vista de esta regulación se observa como el crédito alimenticio existe cuando, y en la medida, en que no pueda exigirse de un esposo que ejerza una actividad profesional o bien cuando no pueda encontrarla. Esta actividad, evidentemente, habrá de ser apropiada y conforme a la capacidad del que ha de desarrollarla. Para valorar cuál es el tipo de labor que puede exigirse a los esposos, el Código alemán enumera en el parágrafo 1.574 como criterios a tener en cuenta: la formación, las aptitudes, la edad y el estado de salud, jugando también un importante papel las condiciones de vida desarrolladas por los cónyuges durante el matrimonio, apreciadas en función de la duración de la unión.

Un dato curioso a resaltar es que, a tenor de la última reforma operada en materia de divorcio, se admite que un esposo no tiene la misma necesidad de trabajar o mejor la misma obligación, cuando la actividad profesional que fuera conforme a su capacidad, no fuera apropiada a las condiciones de vida desarrolladas por la pareja durante el matrimonio.

Si bien tal admisión reconoce expresamente un privilegio en favor de aquellas personas que en virtud

de su matrimonio han adquirido un elevado nivel de vida, no puede negarse que a través de tal manifestación se favorecerá, igualmente, a la mujer que durante el matrimonio se dedicó al hogar y al cuidado de los hijos, no pudiendo desarrollar ningún tipo de actividad distinta a la propia de estas labores y que, en virtud de este criterio, producido el divorcio, podrá rehusar al ejercicio de un trabajo semejante al desarrollado hasta ese momento: un trabajo basado fundamentalmente en tareas domésticas (69).

El nuevo Derecho alemán reconoce también la posibilidad de que, aún cuando al momento del divorcio la capacidad o aptitud profesional de alguno de los cónyuges sea deficiente o incluso nula, mediante una formación posterior, tal aptitud mejore. La financiación de estas medidas de desarrollo y formación -cuando sean indispensables para la realización posterior de una actividad profesional por parte del esposo que hasta el momento no la había ejercido- correrán a cargo del otro cónyuge.

Como dispone el párrafo 3 del parágrafo 1.574,

(69) Vid. HOLZAUER: op. cit., p. 133.

"una formación, un reciclaje o una reconversión puede ser llevada a cabo por uno de los esposos, teniendo derecho, por otra parte, a una pensión alimenticia en la medida en que sean indispensables para el ejercicio por este esposo de una actividad profesional apropiada". La redacción de este artículo suscita una duda, cual es la de si tal formación habrá de ser entendida en el sentido de que sin ella el cónyuge no podría llevar a cabo ningún tipo de actividad profesional o, basta entender que, faltando aquella, no le sería posible encontrar una conforme a sus aptitudes profesionales.

Una interpretación correcta sería aquella según la cual, la forma profesional a que se refiere el parágrafo se encaminará al ejercicio de una actividad apropiada a su capacidad y aptitud profesional que, en último término, le permitiera asegurar su mantenimiento.

La cuestión fundamental que se plantea es la de si, a estos efectos, habrán que tenerse en cuenta los motivos que han llevado a que uno de los esposos tenga una capacidad y aptitud profesional determinada.

Si una persona en virtud de la tarea desarrollada durante el matrimonio, se encuentra con que al momento de su disolución sólo tiene aptitudes o capacidad para llevar a cabo tareas similares, a la hora

de valorar objetivamente su capacidad profesional ¿podrá irse más allá de la propia realidad?; es decir, puesto que en tal caso la "actividad apropiada" a que se refiere el parágrafo 1.574 nº 3 sería una actividad limitada por la vida matrimonial, la formación que le correspondería ¿no podría ir más allá de su propia capacidad profesional?.

Considero que para configurar una actividad profesional como "apropiada", no bastará solamente con la valoración aislada de la capacidad profesional de una persona, sino que habrá de tomarse en consideración otros datos cuales son: el nivel intelectual, la edad, el entorno en que se mueve, las condiciones en que se ha desarrollado su vida..., en definitiva, son las posibilidades que tiene esa persona de alcanzar una determinada capacidad profesional, y no ésta capacidad actual en sí misma considerada, a las que se deberá atender a la hora de determinar la formación que ha de seguirse. El mismo o parecido criterio establece el mencionado parágrafo 1.574 cuando alude al tipo de labor que puede exigírsele a los esposos. No se debe confundir la labor que puede exigírsele a una persona, con la formación a que tiene derecho.

La financiación de los gastos que se deriven de esta readaptación corren del lado del esposo deudor

de la pensión. Estos gastos suplementarios de formación, se encuadrarán dentro del marco de su obligación alimenticia. La obligatoriedad del ejercicio de esta readaptación se pone de manifiesto en el parágrafo 1.578, según el cual "si el esposo no se somete a una formación, pierde su derecho a pensión; si se somete, los costes de formación que el deudor debe cumplir se incluyen en el marco de su obligación de mantenimiento".

A mi juicio, la obligatoriedad a que se refiere tal parágrafo, choca con el carácter opcional que parece derivarse del 1.574 párrafo 3º, al preceptuar éste que "una formación, un reciclaje, o una readaptación puede ser llevada a cabo"; pienso que en principio deberá de prevalecer el carácter obligatorio para aquellas personas que estén en disposición de hacer frente a tal readaptación, puesto que si se siguiera una solución distinta, y puesto que unas de las condiciones básicas de atribución de la pensión alimenticia es la de no ejercer una actividad profesional, en numerosos casos los esposos se dejarían llevar por la comodidad que les supone el estar mantenidos sin realizar a cambio ningún esfuerzo.

Esta readaptación que el derecho alemán brinda a los cónyuges encuentra su explicación en la compensación que ha de darse al cónyuge que con motivo del ma-

rimonio ha sufrido un considerable perjuicio en su aptitud profesional, y que ha sido prevista por el parágrafo 1.575 párrafo 2º. En el párrafo 1º se hace referencia al supuesto de que el esposo en el período de matrimonio no haya desarrollado o haya interrumpido una actividad escolar o profesional.

Si observamos bien estos preceptos puede apreciarse cómo los supuestos de hecho que los integran son distintos. Conforme al primero -párrafo 2º- lo que se pretende es compensar al cónyuge, que por haber dedicado sus cuidados al hogar y a la familia, no ha podido llevar a cabo un trabajo. No es necesario que haya interrumpido una actividad determinada para que surja a su favor la oportunidad de iniciar una formación. Contrariamente, en el segundo supuesto -párrafo 1º- lo que se prevé es la interrupción por parte de alguno de los esposos de su actividad profesional y lo que se pretende es que a través de la financiación por parte del otro cónyuge, reemprenda la tarea suspendida en el período matrimonial. Mientras que en este caso la elección de la futura actividad no es libre puesto que está condicionada a la que en su día fue interrumpida, en el primer supuesto la elección es libre; claro está, siempre que con anterioridad al matrimonio poseyera una cualificación mínima, ya que el número 2 del parágrafo 1.575 habla de readaptación y no de iniciación.

Por último, entre las condiciones de atribución de la pensión, el parágrafo 1.576 prevé la posibilidad de que el esposo divorciado la solicite cuando por motivos graves no se le puede pedir que realice una actividad profesional de forma que la denegación de la misma resultara manifiestamente injusta. A través de este precepto se da cabida entre los supuestos de concesión de la pensión, a determinadas causas graves, distintas de las previstas por la Ley, en virtud de las cuales el que las alega no puede ejercitar una actividad profesional y por tanto -siguiendo la tónica del Código- al no poder atender a sus necesidades, se configurará como acreedor de la pensión alimenticia.

La regulación alemana incluye en su articulado unas "cláusulas negativas de equidad", es decir, cláusulas en virtud de las cuales puede procederse a la denegación del mantenimiento. El parágrafo 1.579 excluye este derecho en los casos en que la carga que pesa sobre el deudor, a la vista de determinadas condiciones o circunstancias, resultara injusta. Entre estas circunstancias, el número 1 señala el de la "corta duración del matrimonio". La existencia de una corta vida común no debe tener por efecto la pesada carga que constituye el mantenimiento de una persona durante toda la vida. En los números 2º y 3º se preven respectivamente las circunstancias de "ser el acreedor de la pensión autor de

un delito contra el deudor o alguno de sus parientes" y "provocar el acreedor deliberadamente el estado de necesidad en que se encuentra".

Como puede observarse la regulación acogida por el legislador alemán lleva a configurar su Ordenamiento como uno de los típicos de pensión alimenticia basada en las necesidades que el divorcio puede ocasionar a uno de los esposos, asimilando de forma casi absoluta esta precaria situación a la imposibilidad moral de ejercitar una actividad profesional.

No es, sin embargo, la República Federal Alemana la única que consagra este sistema de pensión posterior al divorcio. El criterio de la necesidad como presupuesto para la concesión de una pensión, ha estado presente en la mente de los legisladores de otros muchos países (70).

(70) El C.c. Suizo de 1904, en su art. 152, concede al Juez el poder de acordar al esposo inocente que cayera en la necesidad como consecuencia de la disolución del matrimonio, una pensión alimenticia proporcional a las facultades del otro cónyuge, incluso si este último no ha dado lugar al divorcio. Según la interpretación que la Jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo ha dado al término "esposo inocente", el derecho de pensión le será rehusado si ha cometido una falta grave.

El Derecho Holandés viene configurado por Ley de

II. LA "NECESIDAD" COMO PRESUPUESTO DE ATRIBUCION DE
UNA PENSION ALIMENTICIA POSTERIOR A LA DISOLUCION
DEL VINCULO MATRIMONIAL

En todos los países en los que se contempla la posibilidad de atribuir una pensión alimenticia con posterioridad al divorcio, la idea central gira en torno al hecho de que, disuelto el matrimonio y, en consecuencia desaparecido el deber de socorro mutuo entre los cónyuges como efecto personal del matrimonio, uno de ellos puede caer en una situación de indigencia y necesidad tal, que le impida hacer frente a las exigencias vitales.

6 de mayo 1971 entrada en vigor el 1 de octubre 1971. Sus artículos se enumeran por Libros. El Art. 1.157 establece que: "el Juez puede en el juicio de divorcio o por una decisión ulterior, condenar a uno de los esposos a pagar alimentos al otro si éste no tiene rentas suficientes para su mantenimiento, ni posibilidad razonable de procurársela". Según la Jurisprudencia, integrada fundamentalmente por sentencias del "Hoge Raad (Tribunal de los Países Bajos), el Juez en la determinación de los alimentos puede tener en cuenta todas las circunstancias del caso, tanto financieras como personales de los cónyuges. En el Párrafo segundo de este mismo artículo se establece que "el Juez es libre para denegar los alimentos por un cierto tiempo o bajo ciertas condiciones". El Hoge Raad ha decidido que esta facultad se limite a los casos en que la necesidad de la parte que pide los alimentos no es sino temporal. Este poder ha sido utilizado por los jueces en pocas ocasiones. Una de las cuestiones más debatidas acerca de este tema ha sido la de que es-

Para resolver estas situaciones hemos visto cómo en determinadas legislaciones hacen derivar de la disolución del vínculo matrimonial, una pensión de alimentos destinada a procurar al cónyuge necesitado los bienes o recursos precisos.

ta excepción no debería convertirse en regla, de forma que las pensiones alimenticias se configuraran como subsidios esencialmente transitorios. Sobre el Derecho Holandés Vid. FOKKEMA, D.C.: "Evolution des structures juridiques de la famille aux Pays-Bas" en Mariage et Famille en question (Suisse-Autriche-Belgique-Pays Bas). Editions du C.N.R. S. Lyon, 1980, pp. 139 ss.; BRONGERSMA, E.: "La nouvelle Loi sur le divorce aux Pays Bas". Rev. Int. Dr. Comp. 1975 n° 2. abril-junio, pp. 398 ss.

La mayor parte de los países del Este han seguido también este criterio. Así, en el Derecho Polaco las disposiciones relativas al divorcio y sus consecuencias aparecen recogidas en el Código de la Familia y de la Tutela de 25 febrero de 1960. En su art. 60 se reconoce a cada uno de los cónyuges, incluso al que aparezca parcialmente como responsable de la desunión, el derecho a pedir cuando se encuentre en la indigencia, los medios de subsistencia correspondientes a sus necesidades.

El C.c. de Rumania de 1954 en su art. 41 solamente reconoce al cónyuge divorciado el derecho a una pensión de mantenimiento, cuando se encuentre en la necesidad como consecuencia de una incapacidad de trabajo, sobrevenida antes, durante el matrimonio o incluso en el plazo de un año después de la disolución del matrimonio, a condición de que esta incapacidad sea debida a circunstancias relacionadas con la unión matrimonial.

La Ley Checoslovaca sobre la Familia, entrada en vigor el 1 de abril de 1964, en los arts. 92, 93 y 94 reconoce a aquel de los esposos que no es capaz de hacer frente a sus necesidades, el derecho de mantenimiento durante un período de cinco años

El problema fundamental que ~~ta~~ soluciones plantea, es el de si realmente dichas pensiones alimenticias cumplen los requisitos propios de toda obligación de alimentos; esto es, hasta qué punto una relación de-

después del divorcio. La obligación del deudor puede, no obstante, ser prolongada, a título de excepción, por razones o motivos graves. El art. 96 n.º 2, disposición aplicable a las diferentes obligaciones alimenticias, precisa que la pensión alimenticia no podrá ser atribuida si está en contradicción con los principios relativos a la moral de la sociedad socialista.

En la Unión Soviética el derecho de Familia descansa en una Ley sobre el matrimonio y la familia de 27 de junio 1968 en base a la cual se promulgó el Código del matrimonio y Familia de 30 de julio 1969. Este Código prevee en sus arts. 26 y 27 tres situaciones particulares, en virtud de las cuales un cónyuge divorciado puede obtener la asistencia del otro esposo: 1ª) Cuando uno de los esposos no sea apto para el trabajo al momento del divorcio o durante el año que le sigue. 2ª) Cuando se alcance la edad de retiro dentro de los cinco años que siguen al divorcio a condición de que la vida conyugal haya durado largo tiempo. 3ª) Cuando la mujer se encuentre embarazada al dictarse el divorcio y durante el año que sigue al nacimiento del hijo, siempre que el embarazo haya comenzado antes del divorcio. Por su parte, el art. 27 de este Código precisa que "el Tribunal puede, teniendo en cuenta la breve duración de la vida conyugal o la conducta indigna del esposo que reclama los alimentos, liberar al otro esposo del deber de asistencia o bien limitar este deber en el tiempo".

Para un estudio más profundo sobre estas legislaciones Vid. RENCHON: op. cit., pp. 354 ss., base fundamental de la exposición realizada sobre los sistemas de pensión alimenticia posterior al divorcio; ANGEL, M.: "Le divorce a l'etranger". Deuxième partie: Analyse des législations en vigueur. Politique législative comparée. Collection Ministère

rivada de la resolución del vínculo matrimonial es esta para hacer nacer una pensión de alimentos entre las partes. La situación de ex-cónyuges, ¿concede al que se encuentra necesitado la posibilidad de exigir alimentos al otro o, por el contrario, se ha forzado la institución alimenticia atribuyéndole una función que desvirtua su propia naturaleza?.

El punto de partida para el estudio de esta institución se encuentra en la delimitación de lo que ha de entenderse por "alimentos". Nuestro C.c. en su art. 142, dice que "se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación y asistencia médica", así como "la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo".

Una interpretación restrictiva de este precepto, podría llevarnos a considerar los alimentos como las prestaciones de ayuda y asistencia básicas para cubrir

de la Justice. Centre Français de Droit Comparé. La documentation française. París, 1975, pp. 90 ss. EMINESCU, Y.-TUDOR, P.: "Le Codes Civils del Pays Socialistes". Etude Comparative. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1980.

las necesidades mínimas de la vida. No creo, sin embargo, que esta interpretación sea la correcta. Con anterioridad a la Reforma del C.c. por Ley de 13 de mayo 1981 relativa a la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en el art. 142, delimitador del concepto de alimentos, se hablaba de éstos en relación con "la posición social de la familia". La supresión de esta expresión, lejos de restringir su significado, ha pretendido, a mi juicio, ampliar su contenido, para llegar a comprender bajo dicha locución, los bienes o recursos necesarios para satisfacer las necesidades de la vida atendiendo a las circunstancias personales y financieras de las partes obligadas a prestarlos (71).

ALBALADEJO (72) distingue entre alimentos "restringidos" y alimentos "amplios". Los primeros tie-

(71) En este sentido, SANTOS BRIZ dice que "suprimido del concepto de alimentos del art. 142 la alusión a la posición social de la familia, su nueva redacción da más amplitud a las circunstancias de la familia que pueden abarcar así no sólo la faceta de lo social sino otras como: ambientales, económicas sanitarias etc... Esta amplitud puede perjudicar en algún caso al alimentista aunque nunca se le puede privar de lo indispensable para su sustento. SANTOS BRIZ, J.: "Derecho civil". Teoría y práctica, tomo V. Derecho de familia. Edit. R.D.P. Madrid, 1982, p. 440.

(72) ALBALADEJO, M.: "Curso de Derecho civil". Derecho de Familia. Librería BOSCH. Barcelona, 1982, p. 14.

nen por objeto la prestación de los auxilios estrictamente imprescindibles para satisfacer el nivel mínimo de necesidades aceptable por la conciencia social; quedarían incluidos en este grupo: los auxilios que precise el alimentista para su educación, gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo y gastos de educación. Los amplios englobarían las ayudas adecuadas para proporcionar lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida, pero no al nivel mínimo aceptable sino al que pidan las circunstancias del caso.

La idea de que la palabra alimentos va más allá de la estricta interpretación de "auxilios necesarios para subsistir", fue puesta de relieve por la Jurisprudencia anterior. Cabe resaltar la Sentencia del T.S. de 15 de diciembre de 1942 (73) a tenor de la cual "aunque el alimentista tenga los medios indispensables para vivir estrechamente, ello no enerva el derecho a reclamar alimentos cuando esos medios no guardan proporción con la elevada situación económica de la familia, y por ello tiene declarado esta Sala en Sentencia de 27

(73) Sent. 15 diciembre 1942. Repertorio doctrinal y legal de la Jurisprudencia Civil, 1940-1942. Tomo XIV, p. 28.

de marzo de 1900 que, lo necesario para satisfacer las atenciones del alimentista tiene que apreciarse con relación a la respectiva situación de las personas ligadas por la obligación..." (74).

Con mayor claridad aparece esta interpretación del concepto de alimentos cuando la relación alimenticia nace entre cónyuges. Así, la sentencia T.S. de 11 de abril 1946 (75) dice que, "cuando se trata de cónyuges, la Jurisprudencia ha consagrado, de acuerdo con la doctrina generalizada, que no basta para estimar satisfechos los alimentos, con el auxilio preciso para cubrir las exigencias y atenciones previstas en el art. 142, mediante una interpretación restrictiva de este concepto, sino que, habida cuenta de que tal deber, en estos casos, constituye una de las obligaciones jurídico-personales que el matrimonio impone y es consecuencia natural de la de socorrerse mutuamente, se considera que mediante los alimentos, se subvenga a las exigencias que se darían mediante la vida conyugal en común, y, por lo

(74) En el mismo sentido: Sent. 5 diciembre 1911. Jurisprudencia civil. Julio-diciembre 1911. Tomo 122. Madrid, 1913, pp. 912 ss.; Sent. 24 octubre 1951. Jurisprudencia Civil. Octubre-diciembre, 1951. Tomo XXXVI. Madrid, 1954, pp. 278 ss.

(75) Sent. 11 abril 1946. Jurisprudencia Civil. Marzo-mayo, 1946. Tomo XIV, pp. 509 ss.

tanto, han de serlo de conformidad con la posición social, patrimonio y situación del obligado a prestarlos".

Esta posición, si bien afianzada por numerosas decisiones jurisprudenciales, no es compartida por la totalidad de la doctrina. BELTRAN DE HEREDIA (76) distingue entre el deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente y el deber de prestarse alimentos recíprocamente; ambas obligaciones, aún siendo de idéntico contenido, son diferentes. La estricta obligación legal de prestarse alimentos los cónyuges, es en sí una institución jurídica y autónoma que tiene su fuente en un estado de necesidad, mientras que la prestación de alimentos entre cónyuges como consecuencia del deber de socorrerse mutuamente, es un efecto personal del matrimonio con independencia de si existe o no estado de necesidad. El contenido del deber de socorro es más amplio que el de la estricta prestación de alimentos; esta última se agota con suministrar lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, más la

(76) BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, P.: "La obligación legal de alimentos entre parientes". Universidad de Salamanca, 1958, p. 12; más recientemente en: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" dirigidos por ALBALADEJO, T. III, 2º (Arts. 142 a 180 C.c.). Edit. R.D.P. Madrid, 1982, p. 8.

educación y la instrucción del alimentista cuando es menor de edad, mientras que el deber de socorrerse mutuamente los cónyuges, rebasa los límites de la estricta obligación de alimentos.

El deber de socorro mutuo entre los cónyuges constituye un efecto personal derivado de la institución matrimonial que alcanza su plenitud en el período de normalidad de la comunidad conyugal. El deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente dura mientras dura el matrimonio. Cesada la comunidad conyugal, cesa, lógicamente, el deber de socorro y nace la obligación legal de alimentos entre los cónyuges. Ahora bien, esta prestación alimenticia ¿tiene cabida en todos los casos de terminación de la vida matrimonial?. La respuesta a este interrogante podemos encontrarla a través del análisis de los presupuestos o requisitos que configuran la institución alimenticia.

Para que nazca una obligación de alimentos entre dos personas, es necesario que concurran determinados presupuestos. La mayor parte de la doctrina (77)

(77) SANTOS BRIZ, J.: op. cit., p. 444; BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, P.: op. cit., p. 34. En relación con el tema Vid. PIÑAR LOPEZ, B.: "La prestación ali-

coincide en señalar como +>1' s.

- 1º. Un vínculo de parentesco o estado de familia
- 2º. Un estado de necesidad en el alimentista
- 3º. Una posibilidad económica en el obligado a prestarlos.

El primero de estos requisitos, a diferencia de los otros dos, es de carácter subjetivo y se encuentra recogido expresamente en nuestro C.c. por el art. 143 en el cual se señalan las personas obligadas recíprocamente a darse alimentos. Así: cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos. Es obvio que todas estas personas se hallan ligadas al alimentista por un vínculo de parentesco.

El estado de necesidad -segunda de las notas señaladas- se constituye como la más característica de

meticia en nuestro Derecho civil". R.G.L.J. 1955, pp. 7-36; CICU, A.: "La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti". Riv. Dir. Civ. 1910 (p. 145-194); BO, G.: "Il diritto degli alimenti". Vol. 1º. Giufre editore. Milano, 1935. NICOLETTI, C.A.: "Natura del fallimento e gestione fallimentare". Riv. Dir. Civ. 1975. Maggio-giugno nº 3 (pp. 235-247).

la obligación de alimentos. Para que tal estado tenga relevancia es preciso que el alimentista no pueda proveer por sí mismo a la satisfacción de sus necesidades.

Según BONET (78) "el estado de necesidad como presupuesto para que surja la obligación alimenticia es independiente de las causas que lo crean. A un estado de necesidad se puede llegar por múltiples causas (reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajo, etc...); ninguna de ellas lo excluye y cualquiera es suficiente para dar lugar a un estado de necesidad que haga surgir un derecho de alimentos".

Si bien es cierto que el estado de necesidad -entendido como penuria o escasez- puede estar originado por multitud de causas, el problema radica en determinar si son sólomente estos eventos excepcionales los que han de considerarse como constitutivos del estado de necesidad, o por el contrario, basta con que una persona -sin encontrarse en situaciones extremas de indigencia- carezca de los medios aptos para satisfacer sus atenciones en relación con su posición social.

(78) BONET RAMON, F.: "Compendio de Derecho Civil". T. IV. Derecho de Familia. Edit. R.D.P. Madrid, 1966, p. 265.

En párrafos anteriores, vimos cómo ALBALADEJO (79) distinguía entre alimentos en sentido "estricto" y alimentos en sentido "amplio". Partiendo de estos conceptos y, puesto que los alimentos constituyen la materialización económica de una situación de necesidad, cabría apreciar también dos nociones de necesidad: en sentido amplio y en sentido estricto.

Por necesidad en sentido estricto hay que entender, la carencia de recursos o bienes necesarios para satisfacer el nivel mínimo de exigencias vitales; en sentido amplio vendría a configurarse como la carencia de recursos o bienes necesarios para la satisfacción de las necesidades de la vida, teniendo en cuenta los elementos personales y financieros del acreedor de la pensión. La primera acepción llevaría como contraprestación unos alimentos en sentido estricto y la segunda unos alimentos en sentido amplio.

A la vista de estas dos posibilidades: ¿que ha de entenderse realmente por necesidad? ¿cuáles son los datos que van a precisar si una persona está necesitada y carece de lo suficiente para satisfacer sus exi-

(79) Vid., p. 106.

gencias? CASTAN (80) considera que "para apreciar la necesidad hay que tener en cuenta las circunstancias subjetivas del alimentista y las objetivas de tiempo y lugar. La necesidad del alimentista consiste en su imposibilidad de proveer a su subsistencia en todo o en parte sea por sus bienes personales, sea por su trabajo".

Para apreciar esta imposibilidad, existen dos datos de gran trascendencia: el patrimonio del alimentista y su capacidad de trabajo (81).

Por lo que afecta al patrimonio, en la doctrina alemana KIPP Y WOLF señalan que "el derecho a los alimentos no empieza por el sólo hecho de que los productos del capital no basten para cubrir los alimentos, sino que entonces se ha de aplicar el capital mismo. Unicamente cuando el capital esté tan reducido que no sirva para cubrir los alimentos por un tiempo digno de mención, surgirá el derecho de alimentos. Si el alimentista puede tomar a crédito lo necesario para sus ali-

(80) CASTAN, J. "Derecho civil español común y foral". Tomo V, Derecho de Familia. Vol. 2º, relaciones paterno-filiares y tutelares. 8ª edición Editor. Reus. Madrid, 1966, p. 265.

(81) Vid. SANCHO REBULLIDA: op. cit., p. 84; PIÑAR LOPEZ, B.: loc. cit., p. 35.

mentos pudiendo pagarlo en un tiempo prudencial con la realización de valores de su capital o con el producto de su trabajo, no se podrá decir que no se halla en situación de poder mantenerse por sí mismo" (82).

Según esta opinión, para determinar si una persona carece de medios con los que atender y subvenir a sus necesidades ha de atenderse, no sólo a las rentas o productos de sus ingresos, sino al capital mismo.

En relación con la capacidad de trabajo del alimentista, a tenor del art. 152 nº 3 C.c. "cesará la obligación de dar alimentos: cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia".

En torno a este precepto, las decisiones jurisprudenciales han sido fluctuantes: se ha discutido sobre la cuestión de si basta la mera aptitud del ali-

(82) KIPP, T. y WOLFF, M.: "Derecho de Familia". Traducción de la 20ª edición alemana (sexta revisión). Vol. I. El matrimonio. Edit. Bosch. Barcelona, 1979, p. 223.

mentista para realizar un trabajo, o por el contrario es necesario el efectivo ejercicio del mismo.

A favor de la primera postura destaca la Sentencia del T.S. de 17 de diciembre de 1901 (83) según la cual "cesa la obligación de prestar alimentos cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria, sin tener en cuenta su efectivo ejercicio y el producto del mismo...".

Contrariamente, los partidarios de la segunda postura consideran que para que el párrafo 3º del art. 152 pueda tener aplicación, no basta la mera aptitud del alimentista para realizar un trabajo remunerado, sino que es necesario que lo ejercite; en el caso de que teniendo aptitud no realice ninguna actividad remunerada es necesario que acredite que no es por su culpa. Esta opinión ha sido mantenida por numerosas decisiones Jurisprudenciales (84).

(83) Sent. 17 dic. 1901. Jurisp. Civ.; julio-dic., 1901, pp. 629 ss.; en el mismo sentido la Sent. 20 oct. 1924 establece que "cesa la obligación alimenticia cuando el alimentista posee el título de abogado y puede ejercer su profesión o cualquier otro trabajo productivo compatible con la abogacía". Sent. 20 oct. 1924. Jur. Civ. oct.-dic., 1924, pp. 159 ss.

(84) Sent. 24 junio 1950 según la cual: "aunque de

No cabe duda de que una interpretación del artículo encaminada a extinguir la obligación de alimentos en los casos de que el alimentista disponga meramente de una aptitud para realizar un trabajo sin que lo ejerza de forma efectiva, resulta excesivamente rígida; ello debido a que la mera posibilidad de ejercer una profesión o estar en posesión de un título, no impide que en muchos casos perdure en el alimentista la situación de necesidad o estrechez, fundamentalmente en épocas como la actual de paro y crisis económica.

Debido por otra parte, a que el texto legal exige que además de ejercer una profesión o industria, no le sea al alimentista necesaria la pensión de alimentos para su subsistencia, considero como más acorde con el precepto en cuestión, la solución de declarar extin-

acuerdo con la doctrina de la Sent. de 31 dic. 1942, la posibilidad de ejercer un oficio, profesión o industria, no ha de entenderse como mera capacidad o habilitación subjetiva sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias, no por eso deja de ser necesario acreditar -y al demandante incumbe la prueba- que la necesidad del que reclama, proviene de no haber podido encontrar trabajo a pesar de haberlo intentado con la diligencia propia, o los medios a su alcance". Sent. 24 junio 1950. Jur. Civ. jun-sept., 1950. Tomo XXXI, pp. 435 ss.

En el mismo sentido: Sent. 24 oct., 1951; Sent. 29 nov., 1958; Sent. 10 julio, 1979; Sent. 31 marzo, 1900.

quidos los alimentos cuando el acreedor ejerza de forma efectiva una profesión o industria sin que sea suficiente la mera aptitud para realizarla. Así lo ha entendido también el T.S. en Sent. de 27 de marzo 1900 (85) según la cual: "no desaparece en absoluto la obligación del que debe prestar alimentos por el sólo hecho de que el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si, no obstante, por las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir y la posición social, estima el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser desahogadamente satisfechas...".

A la vista de estas decisiones jurisprudenciales cabe afirmar que el concepto de "necesidad del alimentista" es un concepto relativo que ha de juzgarse en relación con la persona y el caso concreto. Como dice SANCHO REBULLIDA (86) "la necesidad del alimentista es una cuestión sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia; éste debe acomodar su decisión a los elementos de juicio y base de proporcionalidad que establece el art. 146. Si de modo notorio no se ajusta a

(85) Sent. 27 marzo 1900. Mucius Scaevola. Jurisprudencia del C.c. 1900-1901. Arts. 1 a 1.976, pp. 75 ss.

(86) SANCHO REBULLIDA: op. cit., p. 84.

tal proporcionalidad, la decisión es imputable en recurso de casación".

El tercer presupuesto señalado como necesario para hacer nacer la obligación de alimentos es el de la "posibilidad económica en el obligado a prestarlos".

En líneas generales, tal como afirma CASTAN (87) se puede entender que el obligado cuenta con medios suficientes si puede realizar la prestación alimenticia sin perjudicar su propia manutención.

Para valorar si el deudor de los alimentos dispone o no de medios suficientes con los que atender a sus necesidades y satisfacer la pretensión de alimentos, es necesario tener en consideración -al igual que se hizo en su momento para valorar la necesidad del alimentista- su patrimonio así como su capacidad de trabajo.

KIPP y WOLFF estiman, que para valorar las ganancias que el obligado pueda obtener de su trabajo, es

(87) CASTAN: "Derecho civil español común y foral...", op. cit., 1966, p. 267.

necesario tener en cuenta, no sólo las actuales, sino también las que podría obtener (88).

En relación con este extremo cabe plantear una cuestión que ya fue recogida por la doctrina italiana encabezada por TEDESCHI (89); la de si el deudor "ex lege" de alimentos está obligado a trabajar para continuar en condiciones económicas de suministrar alimentos. Para este autor, no hay duda de que existe esa obligación como deber moral, pero no asegura la existencia de una tal obligación con carácter jurídico; considera, que a lo sumo podría existir semejante obligación únicamente para prestar los alimentos estrictamente necesarios.

Por lo que atañe al patrimonio, KIPP y WOLFF (90) señalan que "se han de considerar no sólo las rentas, sino que también en caso necesario, obligado ha de sacrificar prudentemente el capital. En el peor de los casos, tendrá también, si puede hacerlo, que tomar dinero a crédito, supuesto que pueda pagarlo en un tiempo prudencial".

(88) KIPP Y WOLFF: op. cit., p. 224.

(89) TEDESCHI: "Gli alimenti" en Tratatto de Vasalli. III, II, p. 402, citado por BELTRAN DE HEREDIA: "Obligación legal... op. cit.", p. 39; y "Comentarios..." op. cit., p. 26.

(90) KIPP Y WOLFF: op. cit., p. 224.

Analizados los tres presupuestos necesarios para que nazca la prestación alimenticia, nos encontramos en disposición de responder a las cuestiones que al inicio de su estudio nos planteábamos: la prestación alimenticia ¿tiene cabida en todos los casos de terminación de la vida matrimonial?, la situación de ex-cónyuges ¿concede al necesitado la posibilidad de exigir alimentos del otro?.

El tema de la oportunidad de una pensión alimenticia con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial, no está exento de dudas. Producido el divorcio y roto el lazo conyugal, desaparece uno de los requisitos inherentes y necesarios de la propia pensión alimenticia que hemos venido examinando. Como consecuencia de ello, y puesto que para que una persona obtenga de otra alimentos es condición indispensable que exista dicho vínculo, las pensiones alimenticias consideradas como meras prestaciones de alimentos, no tienen cabida dentro de las consecuencias patrimoniales derivadas del divorcio.

Como dice BELTRAN DE HEREDIA (91), "en la hi-

(91) BELTRAN DE HEREDIA: "Obligación Legal..." op. cit., p. 35; y "Comentarios..." op. cit., p. 35.

pótesis de divorcio no puede surgir una obligación alimentaria entre los cónyuges divorciados aunque alguno de ellos venga a encontrarse en estado de necesidad. Ello porque al producirse el divorcio se rompe el vínculo conyugal; los cónyuges dejan de ser cónyuges; al desaparecer el vínculo matrimonial desaparece el estado de parentesco y con él el presupuesto primero necesario para que surja una obligación alimentaria" (92).

(92) La Sentencia de la A.T. de Bilbao de 30 de noviembre 1983 establece: "Que a falta de nuestro Ordenamiento jurídico de una norma que, como la contenida en los arts. 270 y 281 del Código civil francés, tras la reforma de la Ley de 11 de julio de 1975, establezca la subsistencia del deber de socorro previsto por el artículo 68 del Código civil patrio en los supuestos de divorcio por ruptura de la vida en común, preciso es reconocer que el divorcio produce en el Derecho español con la disolución del matrimonio (artículos 85 y 89 del Código civil), lo mismo que la declaración de su nulidad (Sent. de 9 febrero de 1954), la cesación del derecho y deber de prestarse alimentos inherente a la condición legal de esposos, pues siendo la relación conyugal el fundamental presupuesto de los alimentos entre cónyuges, ya se consideren en el marco de los derechos y deberes generales derivados del matrimonio, como una obligación consecuyente del deber de ayuda mutua (art. 67) y complementaria del deber de convivencia (art. 68), ya se contemplen en las situaciones críticas de separación legal, convencional o de mero hecho entre los esposos como una prestación autónoma de carácter patrimonial exigible "per se" al margen de la vida en común (art. 143 y Sent. de 17 de abril de 1974), la ruptura o la disolución de aquella relación pone fin a la obligación legal alimenticia que pesaba sobre los cónyuges por razón de matrimonio y hace inviable su imposición, incluso en el supuesto de que alguno de los divorciados venga a encontrarse en estado de necesidad". Sent. A.T. Bilbao de 30 noviembre 1983.

Cuando se habla de pensiones alimenticias posteriores al divorcio, lejos de encuadrar en ellas la propia y típica pensión de alimentos, se está aludiendo a otra institución diferente, que encuentra su fundamento en la necesidad que para uno de los esposos surge después del divorcio como consecuencia de la desaparición del deber de socorro mutuo a que durante el matrimonio estaban obligados los cónyuges. Tomando esto en consideración, RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR, considera que nuestro C.c. admite una doble regulación de los alimentos: por una parte la prevista en los arts. 142 ss. que vendría a consagrar la propia obligación de alimentos nacida del parentesco, y por otra la regulada en el Título IV del Libro I con un carácter totalmente distinto puesto que no nace de la relación familiar sino de su suspensión o disolución. Atribuye a éstos un carácter "contractual", puesto que emana de una forma mediata del contrato matrimonial e inmediatamente de la disolución o suspensión del mismo; y es además una obligación condicional por cuanto su nacimiento pende de una circunstancia cual es la declaración judicial; y por último es una obligación bilateral porque uno y otro cónyuge habrán de prestarla según las circunstancias" (93).

(93) RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR, M.: "Criterios judiciales"

Es digna de mención en este tema, la postura adoptada por la Sentencia francesa de 8 de enero 1981 (94) según la cual "las pensiones alimenticias después del divorcio responden a la idea de que si el divorcio ha hecho desaparecer la ayuda material entre los esposos, esta desaparición, imputable a uno de ellos, es perjudicial para el otro; de esta forma, todo lo que venía recibiendo el cónyuge inocente debe pasar a su provecho como si el deber de socorro sobreviviera. La pensión alimenticia está fijada en consideración a las necesidades y los recursos respectivos de los esposos, debiendo precisarse que no se limita a las estrictas necesidades del beneficiario, sino que debe tender a una igualación de los niveles de vida que mantendría si no hubiera existido el divorcio".

Esta es, sin duda, la idea que prevalece en los Ordenamientos que han acogido este tipo de pensiones. Se pretende evitar que el ex-cónyuge, que como con-

les en orden a la determinación de los alimentos, cargas del matrimonio, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad" en "Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paternofiliales y patrimoniales en la crisis del matrimonio". Bases conceptuales y criterios judiciales. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1984, pp. 266-267.

(94) Civ. 2ª, 8 janvier 1981. Bull. Civ. I, nº 11, p. 7.

secuencia del divorcio se ve privado del deber de alimentos de que gozaba durante la separación o de la obligación de ayuda mutua consustancial con el matrimonio, caiga en la necesidad. Hay que destacar también, que la entrega de una pensión alimenticia se encuentra estrechamente ligada con la idea de culpabilidad. Debe traerse a colación, nuevamente, la opinión de ZANNONI, para el cual, si bien entre los cónyuges lo asistencial se legitima en el vínculo jurídico matrimonial, si se habla de alimentos que se deben entre cónyuges divorciados, el presupuesto cambia en esencia para transformarse en un derecho subjetivo referido y condicionado a la calificación de conducta efectuada en la sentencia de divorcio (95).

IV. "EL DESEQUILIBRIO ECONOMICO" COMO PRESUPUESTO BASICO DE OTORGAMIENTO DE LA PENSION PREVISTA EN EL ARTICULO 97 C.c.

A) Concepto y elementos integrantes del desequilibrio económico

Al inicio de este Capítulo se dejó sentado,

(95) ZANNONI: op. cit., p. 22.

cómo si bien de la lectura del art. 97 C.c. se desprende que el presupuesto básico de otorgamiento de la pensión, es el desequilibrio económico experimentado por alguno de los esposos con posterioridad a la separación o divorcio, el problema surge en razón de que el Código no dice nada acerca de lo que ha de entenderse por tal desequilibrio; se limita a matizar este concepto con dos notas: 1º) que ha de apreciarse en relación con la posición del otro cónyuge; 2º) que ha de implicar un empeoramiento del esposo que la solicita en relación con la situación que disfrutaba durante el matrimonio (96).

La meta que a partir de ahora nos proponemos alcanzar, es la de concretar cuáles son los elementos

(96) La Sent. de la A.T. de Palma de Mallorca de 27 de octubre 1983 dice que "nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 97 C.c.) ...exige, además del obvio requisito de que se haya producido una separación o un divorcio, que uno de los cónyuges -el reclamante- se encuentre en una situación económica inferior a la mantenida durante la subsistencia del matrimonio, jugando así la norma con términos comparativos temporales; pero impone además -acumulándose al anterior requisito- que quien reclama se halle en una situación económica también inferior a la del otro cónyuge, lo que significa el juego de términos comparativos personales: sólo la combinación de ambas condiciones comparativas -personal y temporal- ha de permitir la obtención de la pensión compensatoria o indemnizatoria normativa prevista". Sent. A. T. de Palma de Mallorca de 27 de octubre 1983. R. G.D. abril, 1984, p. 925.

que integran el desequilibrio económico y, en consecuencia, qué ha de entenderse por tal dentro del contexto del art. 97; conseguido ésto, podremos dilucidar con claridad cuál es el verdadero sentido y finalidad perseguida por la pensión objeto de estudio.

El desequilibrio económico aparece, en principio, como una alteración patrimonial negativa experimentada por uno de los cónyuges en sus condiciones de vida materiales como consecuencia de la separación o divorcio. El derecho a pensión -como dice FOSAR (97)- "viene atribuido por la disminución de expectativas de bienestar económico que la situación matrimonial ha creado en el cónyuge que demanda la pensión". A raíz de la separación o divorcio, se deshace el hogar familiar con la consiguiente independencia personal y económica de los esposos; cada uno de ellos ha de procurarse los medios necesarios para vivir autónomamente.

La pensión por desequilibrio, tal y como ha sido concebida por el legislador español, tiende a evitar que la crisis conyugal sitúe a uno de los esposos en una situación desfavorable en relación con la posi-

(97) FOSAR BENLLOCH: op. cit., T. II, V. I, p. 409.

ción del otro cónyuge y con la que disfrutaba durante el matrimonio. Pretende mantener a los esposos al mismo nivel de vida del que gozaban constante el vínculo conyugal.

Siendo ésto así, el interrogante que surge es el siguiente: ¿el simple hecho de que el patrimonio de uno de los esposos al momento de la separación o divorcio sea inferior al del otro, e inferior también al que tenía durante el matrimonio, es motivo suficiente para entender que se ha producido un desequilibrio económico y que, por tanto, existe un derecho a pensión?, o, por el contrario, el Juez para determinar si tal desequilibrio existe deberá tener en consideración otros elementos o circunstancias, ya sean personales de los cónyuges, ya conformadoras de la anterior vida matrimonial.

Veíamos en páginas anteriores, cómo esta disyuntiva puede traducirse en una doble interpretación de la expresión "desequilibrio económico": 1ª. Objetiva, conforme a la cual por tal hay que entender el mero hecho objetivo de la disminución patrimonial experimentada por uno de los esposos con posterioridad a la separación o al divorcio. 2ª. Subjetiva, según la cual, el desequilibrio económico abarca un concepto más amplio, englobando en él, no sólo el hecho objetivo de ser el patrimonio de uno de los esposos inferior al del otro.

y al que disfrutaba durante el matrimonio, sino también, otra serie de factores, tales como, por ejemplo, la dedicación a la familia, la edad de los esposos, sus cualificaciones profesionales, la pérdida de expectativas futuras, su estado de salud, etc.

Apuntábamos también, cómo el que se opte por una u otra solución, depende, en gran medida, del papel que en el contexto del art. 97 se atribuya a las circunstancias que en él se enumeran como criterios de fijación de la pensión.

La doctrina se halla dividida en este punto. Un amplio sector doctrinal (98) entiende que el desequilibrio económico es un presupuesto autónomo, apreciable con independencia de las circunstancias mencionadas en dicho precepto, las cuales desempeñan una función de meros elementos cuantificadores de la pensión; por el contrario, otro sector (99) considera que el desequilibrio económico se configura como un presupuesto, que por su complejo contenido, ha de ser valorado en relación con aquellas circunstancias, las cuales no constituyen

(98) Vid. nota 22.

(99) Vid. nota 23.

algo ajeno a él sino que en la mayor parte de los casos se configuran como su soporte. Estas dos posturas vienen a coincidir respectivamente con la interpretación objetiva y subjetiva a que nos referíamos con anterioridad.

El desequilibrio económico que uno de los cónyuges puede experimentar con posterioridad a la separación o al divorcio, no es algo que pueda deslindarse de las circunstancias que han guiado la vida matrimonial. Tal presupuesto no es otra cosa que el resultado, la consecuencia de la situación que los esposos han mantenido durante el matrimonio. Así, por ejemplo, si durante el período de vida conyugal solamente uno de los esposos ha realizado una actividad profesional mientras el otro se dedica al cuidado del hogar, el matrimonio ha durado muchos años y, consecuentemente, al momento de la separación o divorcio son mayores y tienen escasas posibilidades de readaptación, llegado el momento de la ruptura la situación del esposo que no ha tenido posibilidades de acumular durante el matrimonio unos ingresos propios, va a quedar sensiblemente deteriorada; en tal caso, puede hablarse de desequilibrio económico susceptible de compensación a través de la pensión (100).

(100) En esta línea, VAZQUEZ IRUZUBIETA apunta cómo "en

Contrariamente, si durante el matrimonio los dos esposos han desarrollado una actividad laboral, son jóvenes y, en definitiva, la situación económica de cada uno es independiente, el hecho de que al separarse o disolverse el matrimonio el patrimonio con el que queda uno de ellos sea inferior al del otro y su nivel de vida haya descendido, no es motivo suficiente para entender que se ha producido un desequilibrio económico capaz de generar un derecho a pensión.

los casos en que la posición económica de los cónyuges viene dada por el trabajo de uno de ellos, se daría el caso de que, dividido el patrimonio societario, uno de ellos quede en óptima y virtual posición de poder seguir manteniendo el mismo nivel de vida como consecuencia del producto de su trabajo (industria, comercio, profesión liberal, etc...) en tanto que el otro, que sólomente era tributario de esos beneficios, pasa a ocupar una situación notablemente inferior a la del otro cónyuge dado que le será imposible mantener ese régimen de vida por no ser el cónyuge que lo produce. En estos casos es cuando la pensión viene a suplir de alguna manera al desequilibrio que se puede producir como consecuencia del vínculo y de la sociedad conyugal". VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: "Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio". Edit. R.D.P. Madrid, 1981, p. 426; de la misma forma, ESPIN CANOVAS considera que "al hablar de pensión se preve un desequilibrio económico en uno de los cónyuges por consecuencia de la separación o el divorcio, desequilibrio que puede originarse fácilmente cuando un cónyuge obtenga ingresos de su trabajo y el otro sólo atienda al hogar, dedicando al mismo todo su esfuerzo. En estos supuestos la Ley introduce una innovación consistente en una pensión en favor del cónyuge afectado por la nueva situación, pensión que se fija según ponderadas circunstancias..." ESPIN CANO-

Entiendo, que en tal caso, si bien objetivamente considerada la situación de uno de los esposos en relación con la del otro y con el nivel de vida gozado durante la unión, ha sufrido un empeoramiento, este hecho por sí sólo no debe dar origen a la obtención de una pensión por desequilibrio económico.

Si bien puede decirse que aunque a primera vista, de la lectura del art. 97 podría pensarse que el simple hecho del matrimonio conduce -al momento de su ruptura- a garantizar por sí sólo a uno de los cónyuges el derecho a mantener el mismo nivel de vida que disfrutaban durante la vida matrimonial, tal interpretación puede ser corregida a través de una concepción más amplia del concepto de "desequilibrio económico"; esto es, entendiendo que son las circunstancias que han guiado el matrimonio las que -en razón del efecto negativo que pueden producir en la posición económica de uno de los esposos cuando la convivencia conyugal se rompa- harán nacer en favor del cónyuge perjudicado el derecho a obtener una pensión por desequilibrio económico. Con ello se llega a una interpretación subjetiva de dicho desequilibrio.

Esta es también la idea que se desprende de la Sentencia de 27 de octubre 1983 de la A.T. de Palma de Mallorca (101) según la cual:

"El matrimonio, como institución jurídica peculiar y compleja caracterizada por un entramado de intereses personales, sociales y económicos que se desenvuelven durante su existencia, proyecta sus efectos más allá del período de su vigencia, en caso de haber sido disuelto, exige una adecuada ordenación del estado de cosas anterior... Es obvio que la situación posterior a la disolución del matrimonio, está fuertemente condicionada por cuanto ha sucedido durante la vigencia del estado matrimonial y consiguientemente, todo ésto ha de repercutir decisivamente en la conformación de esa ulterior situación".

Aunque ésta sea la interpretación que, en mi opinión, ha de considerarse correcta, la idea de que la pensión persigue como finalidad preferente el garantizar a una persona, por el sólo hecho de haber contraído ma-

(101) Sent. A.T. de Palma de Mallorca de 27 octubre 1983... cit.; en el mismo sentido Vid: Sent. 7 octubre 1981 Juzgado de 1ª Inst. nº 14 de Barcelona; Sent. 14 marzo 1983, Juzgado de 1ª Inst. nº 2 de Jerez de la Frontera; Sent. 30 diciembre 1983, Juzgado de 1ª Inst. nº 22 de Barcelona.

rimonio y el "status social" que adquirió durante el matrimonio, parece ser la idea que latió en la mente del legislador. Ello se evidencia a través de las argumentaciones que a lo largo de los debates parlamentarios de la Ley de 7 julio 1981, dieron alguno de sus defensores (102).

Sostiene también esta opinión PARA MARTIN (103) el cual, interpretando el desequilibrio económico en sentido objetivo, considera que "la pensión consiste en un derecho de los cónyuges a conservar el mismo nivel de vida que tenían durante el matrimonio, aunque se moviera en el terreno de los supérfluo" (104). SANCHO

(102) La Diputada de Unión de Centro Democrático, Sra. PELAYO DUQUE, contestando a una enmienda formulada por el Grupo Comunista que proponía el carácter alimenticio de la pensión en cuanto destinada a satisfacer las necesidades de uno de los cónyuges con posterioridad a la separación o al divorcio, argumentó: "La nueva pensión no tiene nada que ver con la alimenticia; no compensa lo indispensable para la subsistencia, sino que compensa el desequilibrio económico en el 'modus vivendi', equilibra la situación de un cónyuge en relación al otro, el 'tren de vida'". Esta expresión "tren de vida" es significativa de la finalidad que el legislador pretendió atribuir a la pensión: mantener a los esposos, en todo caso, el nivel de vida que disfrutaban durante el matrimonio.

(103) PARA MARTIN: op. cit., p. 159.

(104) Acompaña esta opinión de un ejemplo: "un matrimonio de elevada posición social. Producido el divorcio quedan con la madre los dos hijos del ma-

REBULLIDA (105) -si bien no en términos tan radicales- participa igualmente de esta postura al afirmar que "la idea del art. 97 es que roto el matrimonio, ningún cónyuge debe notar en su vida material los efectos de la ruptura; quien tiene menos debe recibir de quien tiene más lo suficiente para seguir viviendo al mismo nivel de vida que antes del divorcio o la separación".

Esta afirmación sería -en mi opinión- correcta si se añadiera la importancia que en esta igualación de posiciones han de tener determinadas circunstancias. Tal y como ha sido formuladas, las opiniones de estos autores se aproximan a lo que podría llamarse una "interpretación literal del texto del art. 97". Según ésta, la idea directriz del precepto es la de garantizar a uno de los esposos durante toda, o gran parte de su vida,

rimonio; la madre tiene unas rentas suficientes que le permiten vivir con holgura. Ello no obstante, el marido deberá contribuir a las cargas del matrimonio, alimentos de los hijos, etc... de acuerdo con su posición social; y si además la esposa, aún teniendo sus necesidades cubiertas con las rentas, no puede seguir el mismo tren de vida (por ejemplo: mantener su yate, realizar costosos viajes, etc...) deberá el marido abonarle la pensión que nos ocupa por tener un nivel de ingresos muy superior. PARA MARTIN: Ibidem.

(105) SANCHO REBULLIDA: op. cit., p. 262.

la posición económica y el "status social" alcanzado a través del matrimonio.

Tal interpretación ha sido duramente criticada por algunos autores. FOSAR BENILLOCH (106) manifiesta que "a través de este precepto se garantiza el eventual ascenso en la escala social que hubiera podido adquirir una persona como consecuencia del matrimonio; es decir, lo que se suele conocer con el nombre de 'cazadotes'. Se trata de que la persona que mejora su condición económica o asciende en la escala social como consecuencia del matrimonio, tenga garantizado su 'status' aún cuando se produzca la separación o el divorcio". En la misma línea VALLADARES (107) dice que "no cree que se deba establecer una especie de 'derecho adquirido' a mantener la posición económica que se tuvo con el matrimonio, a consta del otro cónyuge. En la práctica ello puede suponer una cuasi jubilación a temprana edad, al tener resuelto su problema económico con carácter permanente el cónyuge que recibe la pensión" (108).

(106) FOSAR BENILLOCH: op. cit., T. II, V. 1^ª, p. 381.

(107) VALLADARES, E.: "Nulidad, separación y divorcio". Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio. Edit. Civitas. Madrid, 1982, p. 429.

(108) En el mismo sentido LASARTE Y VALPUESTA ponen de

Por su parte, el Comité de Expertos sobre el Derecho de los esposos reunido en Estrasburgo los días 20 a 24 de octubre de 1980, al tratar el tema de la pensión posterior al divorcio, señaló que el matrimonio no debe, por sí mismo, crear un derecho a pensión pues tanto un esposo como el otro deberían ser capaces de hacer frente a sus necesidades..." (109).

Una interpretación literal del art. 97 a raíz de la cual se entienda, que el desequilibrio económico a que alude como presupuesto de otorgamiento de la pensión, comprende cualquier tipo de empeoramiento patrimonial experimentado por alguno de los esposos incluso en el terreno de lo supérfluo; o, lo que es igual, una interpretación según la cual el matrimonio en sí mismo haga nacer a favor de uno de los cónyuges el derecho a conservar, incluso a su disolución, el mismo nivel de

relieve cómo "para proceder a fijar el nivel de vida efectivamente gozado por los cónyuges con objeto de determinar si ha existido un desequilibrio económico, no ha de partirse de un punto de vista social o de pertenencia a una determinada clase, sector o grupo, sino en lo que suponga el reconocimiento o la satisfacción de determinadas necesidades que deben perpetuarse tras la crisis conyugal". LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 751.

(109) Conseil de l'Europe. Comité d'experts sur le droit relatif aux époux. Rapport de réunion. De la quatrième réunion du Comité d'experts sur le droit

vida sin tener en cuenta las circunstancias que rodearon dicho matrimonio, es insostenible (110). Ello, entre otras, por dos razones:

1ª. Porque con tal idea, quedaría desvirtuada la propia institución matrimonial. El matrimonio, si bien hace nacer entre los esposos unos derechos que, incluso se perpetúan después de su disolución (tal es el caso, por ejemplo, de determinadas prestaciones de la Seguridad Social), no por ello ha de convertirse en fuente indiscutible de adquisición de derechos para el futuro.

2ª. Porque concebir la pensión regulada en el art. 97 como una institución destinada a mantener a los

relatif aux epoux (Strasbourg, 20 au 24 octobre 1980). Note du Secrétariat Général préparée par la Direction des Affaires juridiques, p. 5.

- (110) La misma idea se desprende de la Sentencia de 30 de diciembre 1983 del Juzgado de 1ª Instancia nº 22 de Madrid, para la cual el simple hecho de mantener el 'status' no es razón suficiente para otorgar una pensión. Así, dice: "...en cuanto a la pensión compensatoria, sí parece evidente que el nivel económico de la Sra... no podrá ser ahora el mismo que cuando la familia vivía unida, de suerte que, en principio, se darían los presupuestos exigidos por el art. 97 C.c., pero habida cuenta de las cantidades ya fijadas para el levantamiento de las cargas del matrimonio y alimentos y de las posibilidades consiguientes de poder ac-

esposos, después de la ruptura del vínculo matrimonial, en una posición económica igual a la que disfrutaban durante el matrimonio sin tener en cuenta los factores subjetivos que han configurado y en los que se ha desarrollado el período matrimonial, sería atribuir a esta figura una función que, en la mayor parte de los casos, iría más allá de la propia realidad (111).

ceder a un empleo, no parece que por el momento - exista base económica para acordar la mencionada pensión". Sent. 30 dic. 1983 del Juzgado de 1ª Inst. nº 22 de Madrid.

- (111) En Suecia, como consecuencia de una enmienda introducida en el Código matrimonial de 1920 por Ley de 4 de julio 1973, entrada en vigor el 1 de enero de 1974, el cónyuge cuya situación sea más modesta no tiene derecho a una pensión alimenticia tendente a mantenerle el mismo nivel de vida que antes de la disolución del matrimonio... Si el cónyuge cuya situación económica es más débil, es capaz de subvenir a su propio mantenimiento, no tendrá derecho a una pensión alimenticia. En general, ninguna pensión es acordada cuando el matrimonio ha sido de corta duración salvo en ciertas circunstancias particulares tales que impidan al cónyuge económicamente más débil atender a sus necesidades; así, por ejemplo, en caso de enfermedad o porque se haya dedicado a la guarda de los hijos nacidos del matrimonio y deba consagrar su tiempo y su dinero a su mantenimiento y educación.

El caso típico de entrega de la pensión en Suecia es aquél en que el matrimonio ha tenido larga duración -15 años o más- y la mujer, habiendo consagrado todo este tiempo al mantenimiento y a la educación de los hijos, encuentra difícilmente un empleo después de la disolución del matrimonio.

En algunas ocasiones parece deseable que entre el esposo menos favorecido económicamente y el que

En un país como España que arrastra una gran crisis económica y en el que la mayor parte de los españoles corresponden a una clase media, no tiene sentido crear una figura dirigida a mantener el nivel de vida o "status" de los cónyuges. La práctica demuestra que la función que, en último término, va a desempeñar la pensión no es otra que la de evitar que como consecuencia de la separación o el divorcio alguno de los esposos vea sensiblemente deteriorada su posición económica; lo cual, a la vista de esto, se traducirá en la entrega de una cuantía de pensión que le permita "vivir" simplemente o, en el mejor de los casos vivir con cierta holgura; es irreal crear una figura destinada a mantener un nivel de vida adquirido, cuando en la mayor parte de los casos tal nivel no se alcanza.

queda en mejor posición, no haya una diferencia sensible de nivel de vida durante el período de adaptación que sigue a la crisis.

El Tribunal deberá examinar si uno de los esposos tiene necesidad de una pensión durante el período que sigue a la disolución del matrimonio. Si así fuese, le será entregada una pensión durante este período, si las posibilidades de ganancias de los esposos difiere notablemente. La duración del período de adaptación se decidirá en cada caso en función de las circunstancias. Un año parece constituir -en la mayoría de los casos- un tiempo razonable. CONSEIL DE L'EUROPE. APERÇU DES LEGISLATIONS DES ETATS MEMBRES EN MATIERE DE PAIEMENT DEL PENSIONS ALIMENTAIRES ENTRE CONJOINTS DIVORCES. Document préparé par la Direction des Affaires Juridiques. Strasbourg février 1984, pp. 40 ss.

Tomando ésto en consideración, LOPEZ ALARCON (112) manifiesta, con gran acierto, "que la finalidad que se propone alcanzar la nueva figura jurídica regulada en el art. 97, de mantener el 'standard' de vida de los cónyuges, una vez producido el divorcio y la separación, es propia de países opulentos y adaptables a familias de la alta burguesía que cuentan con abundante caudal y complicado régimen de vida. En estas situaciones de abundancia económica, es esta fórmula la más justa, pero cuando la familia cuenta con modestos ingresos -como ocurre en la mayoría de las españolas- sobra tan artificioso montaje equilibrador".

La dificultad de interpretación de lo que en el contexto del art. 97 hay que entender por "desequilibrio económico" deriva en gran parte del Sistema seguido por el legislador español para la creación de la pensión. Nace ésta, como una figura nueva, extraña a nuestro Ordenamiento e introducida en él tomando como modelo fiel la "prestación compensatoria" arbitrada en el Code para el Derecho francés. El legislador español ha pretendido acoger sin más las fórmulas adoptadas en aquél

(112) LOPEZ ALARCON, M.: "El nuevo Sistema matrimonial español". Nulidad, Separación y Divorcio. Edit. Tecnos. Madrid, 1983, p. 361.

país a nuestro derecho, sin darse cuenta que el Sistema de divorcio adoptado por el Ordenamiento francés es un Sistema complejo y minuciosamente estructurado; en él se distinguen diversas clases de divorcio a las que corresponden distintos tipos de pensión. La "prestación compensatoria" -modelo de nuestra pensión por desequilibrio- corresponde a una modalidad de divorcio que nada tiene que ver con el divorcio por ruptura de la vida en común recogido en nuestro C.c.

Aún siendo esto así, la doctrina francesa ha sabido encontrar de forma más precisa el verdadero sentido y finalidad de "su" prestación compensatoria. Al estudiar en páginas anteriores esta figura, veíamos cómo a través de ella se pretende compensar a uno de los esposos -en la medida de lo posible- la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en sus condiciones de vida. La expresión "disparidad" ha sido interpretada por la doctrina francesa en el sentido de "desproporción". No se intenta conseguir una igualdad aritmética entre los patrimonios de los esposos una vez producido el divorcio, sino que lo que se persigue es impedir que como consecuencia de la ruptura del vínculo conyugal se produzca entre los cónyuges una desigualdad considerable en sus condiciones de vida materiales..

Nuestra doctrina mayoritaria no se ha confor-

mado con esto, y ido más allá, atribuyendo a la pensión por desequilibrio una finalidad igualadora de las posiciones económicas de los esposos, haciendo que después de la separación o divorcio ninguno de ellos note en su vida material los efectos de la ruptura; ello, sin tener en cuenta las circunstancias existentes durante el matrimonio, puesto que a ellas les atribuyen un papel de meros elementos cuantificadores de la pensión.

Considero que no es ésta la interpretación correcta. Siguiendo la tendencia, tanto de la doctrina como de la Jurisprudencia que ha venido interpretando las dos pensiones utilizadas como modelo por nuestro legislador: "la prestación compensatoria" y "l'assegno di divorzio" (113), el desequilibrio económico que ha de ser objeto de compensación a través de la pensión, no es el simple hecho objetivo de la desigualdad patrimonial que la separación o divorcio puede haber originado en la po-

(113) Al estudiar el "assegno di divorzio", vimos cómo uno de sus presupuestos: "Condiciones económicas de los cónyuges", era interpretada, tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, en el sentido de incluir en él, no sólo los elementos de naturaleza económica, sino también, y fundamentalmente los de carácter personal tales como, por ejemplo, edad, condiciones personales y de salud de los cónyuges, duración de la convivencia, situación ambiental y aptitud para el trabajo. Vid. nota 26, p. 37.

sición de uno de los esposos. Mediante tal compensación, no se pretende conseguir una "igualdad aritmética", tanto entre los esposos entre sí como en relación con su situación anterior en el matrimonio; de lo que se trata, es de evitar que como consecuencia de la ruptura de la vida matrimonial, uno de los esposos quede en una situación tal, que a la vista de las circunstancias que rodearon la vida matrimonial así como las personales de los cónyuges, se revele manifiestamente injusta.

Es indudable, que el derecho de pensión, si bien nace como consecuencia del divorcio o la separación, trae su causa mediata a la situación mantenida por los esposos durante el matrimonio. La situación económica disfrutada durante este período, las circunstancias personales que guiaron la vida conyugal, las obligaciones y responsabilidades que tenía cada uno, el grado de dependencia del esposo más débil económicamente, entre otros, son datos muy valiosos para el Juez. A través de ellos podrá formarse una idea de la forma y el nivel de vida que llevaba el cónyuge demandante de la pensión durante el matrimonio; podrá, en una palabra, comprobar si realmente el divorcio le ha situado en una posición sensiblemente desventajosa en relación con la del otro cónyuge y con la forma de vida desarrollada durante el matrimonio.

Generalmente, la desigualdad de posiciones de los esposos -sobrevvenida la ruptura del vínculo- trae su razón de ser en una serie de factores y circunstancias que son los que han trazado las directrices del matrimonio. A su disolución, van a ser los que sirvan de pauta para verificar si realmente alguno de los esposos ha experimentado un desequilibrio económico tal que justifique su derecho a pensión. Cuestiones tales como: quién era el esposo que aportaba ingresos a la familia, quién el que se dedicaba a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos -caso de haberlos-, si ambos desarrollaban actividades laborales (y más concretamente si las desarrollaba el esposo potencialmente acreedor de la pensión), si existía entre los cónyuges una colaboración profesional, cuál fue la duración del matrimonio, qué edad tienen los esposos, cuál es su estado de salud, etc..., no podrán ser obviadas por el Juzgador para la exacta fijación del desequilibrio económico (114).

(114) En Francia, el Tribunal de Apelación de Gran Instancia de París, en Sent. de 31 de marzo 1978, denegó la prestación compensatoria a una mujer por considerar que, en razón de determinadas circunstancias no era procedente. Se expresaba en los siguientes términos: "no hay lugar a la prestación compensatoria en provecho de la mujer cuando ésta tiene 35 años sóloamente, su matrimonio ha durado seis años, los esposos no han tenido hijos y la mu-

Entiendo, que estas circunstancias se presentan como parámetros que el Juez, a modo de piezas de rompecabezas, deberá ir componiendo para obtener una visión global de la situación mantenida por los cónyuges durante el período de normalidad de la convivencia. Una vez valorada esta situación, procederá a compararla con la originada por la ruptura de la convivencia, y, posteriormente con la actual al momento de la separación o el divorcio. Efectuadas estas comparaciones, estará en disposición de decidir si realmente alguno de los esposos ha sufrido un desequilibrio económico susceptible de hacer nacer un derecho a pensión.

No debemos olvidar que en esta operación jue-

jer trabajaba antes de casarse -ofreciendo así cualificaciones profesionales concretas-, casada bajo el régimen de separación de bienes y, además era beneficiaria, con posterioridad a la liquidación, de derechos individidos sobre adquisiciones hechas por el marido durante el matrimonio en nombre de los dos esposos, sin ninguna aportación financiera por su parte".

BENABENT, comentando esta sentencia, señala cómo esta decisión presenta el interés de caracterizar una de las situaciones en las cuales la prestación compensatoria no ha sido atribuida. No hay duda -dice- que, cuando la mujer presenta, teniendo en cuenta su edad, su estado de salud y su cualificación profesional, condiciones que le permitan asegurarse ella misma su mantenimiento, la prestación compensatoria no operará. App. Trib. Grand. Inst. París, 31 marzo 1978, 1ª ch, sect. urg. Recueil D.S. (IR), p. 437...

ga, como ya vimos (115), un importante papel para la valoración del desequilibrio patrimonial el régimen -comunitario o separatista- adoptado por los esposos durante el matrimonio.

A la vista de lo expuesto, considero que una interpretación del art. 97 acorde con la realidad del momento, no debe coincidir con la interpretación literal del texto.

En consecuencia, y para concluir este extremo, puede decirse, que partiendo de una interpretación subjetiva del desequilibrio económico hay que decir que el presupuesto básico de otorgamiento del derecho a pensión y, por tanto, lo que el esposo demandante ha de acreditar para obtenerlo, es la desfavorable situación que, en razón de determinadas circunstancias, le ha ocasionado la ruptura de la vida conyugal en relación con la posición del otro esposo y con la situación mantenida en el período de normalidad del matrimonio. No basta, pues, con que acredite que después de la separación o divorcio su patrimonio objetivamente apreciado -en términos monetarios- es inferior al del otro e inferior al

(115) Vid. pp. 67 ss.

que poseía durante el matrimonio.

Llegados a este punto, estamos en disposición de cumplir uno de los objetivos que nos habíamos propuesto al iniciar este capítulo: dar un concepto de desequilibrio económico. Así, puede ser definido como:

"La disminución patrimonial que, como consecuencia de las circunstancias que guiaron la vida matrimonial, experimentan las condiciones de vida materiales de uno de los cónyuges al momento de cesar la convivencia conyugal, situándole en una posición desfavorable respecto a la del otro esposo y a la que disfrutaba durante el período de normalidad del matrimonio" (116).

Con esta definición queda también resuelto otro de los interrogantes planteados: el del valor que dentro del contexto del art. 97 hay que otorgar a las circunstancias que en él se enumeran.

En contra de lo que sostienen un importante

(116) VEGA SALA define el desequilibrio económico como "el desfase económico que puede establecerse después del divorcio en relación a la situación familiar que se disfrutaba durante la convivencia". VEGA SALA: op. cit., p. 182.

sector doctrinal, para el cual tales circunstancias desempeñan una función de elementos de fijación de la cuantía de la pensión, considero que estos criterios -en cuanto datos configuradores del desequilibrio económico- van a servir al Juez para determinar si procede o no el derecho a recibir una pensión. Estas circunstancias no constituyen algo ajeno a la idea de desequilibrio económico, sino que han de operar como partes integrantes del mismo. Ello con independencia de que una vez determinada su procedencia puedan cobrar relevancia a efectos de determinación del montante.

Determinadas circunstancias de las que integran la enumeración del art. 97 van a permitir al Juez formarse una idea de la capacidad de readaptación para el futuro de cada uno de los esposos; así, por ejemplo, la edad, el estado de salud, la cualificación profesional, las probabilidades de acceso a un empleo de los cónyuges. Estos datos, en razón de su carácter claramente subjetivo y personal han de ser valoradas y tomadas en consideración en el momento en que se dicta la sentencia de separación o divorcio.

B) Momento en el que ha de ser apreciado el desequilibrio económico

Sentado cuál es el presupuesto de otorgamiento

de la pensión, y llegados a la conclusión de que el presupuesto ha de ser interpretado en sentido subjetivo, el siguiente paso es el de fijar cuál es el momento en el que ha de ser apreciado el desequilibrio económico.

El conflicto se plantea en la práctica debido fundamentalmente a la modalidad de divorcio adoptado por el ordenamiento español. Nuestro C.c. recoge un sistema de divorcio basado en el hecho objetivo del "cese efectivo de la convivencia conyugal". No se trata de un divorcio automático apoyado en un sistema causal, sino que por el contrario, para su obtención es necesario que transcurran una serie de plazos previstos expresamente por el legislador en el art. 86. Desde el momento en que se produce la ruptura de la convivencia hasta el momento en que se decreta la disolución del matrimonio, transcurren períodos de tiempo -más o menos largos- según el tipo de divorcio que se solicite.

Como consecuencia de esto, transcurridos estos plazos de separación y llegado el momento de dictar sentencia de divorcio, surge la difícil tarea de fijar cuál es el momento en que ha de ser apreciado el desequilibrio económico relevante para la entrega de una pensión: el momento en que cesó la convivencia efectiva entre los esposos y comienzan a computarse los plazos necesarios para la obtención del divorcio o, por el contrario, el

momento en que transcurridos + períodos de tiempo y cumplida la causa de divorcio correspondiente, se presenta la demanda de divorcio y se obtiene la disolución definitiva del vínculo.

Lo que, en definitiva, aquí se plantea es la cuestión de ¿qué desequilibrio económico es el que ha de ser tenido en cuenta para la fijación de la pensión?: ¿el experimentado por los esposos en el momento en que dejan de convivir, o, en palabras del propio Código, en el que comienza el "cese efectivo de la convivencia conyugal" o por el contrario, el que se produce al final de este período de separación, una vez transcurridos los plazos exigidos por la Ley para la obtención del divorcio?.

Como es fácil de apreciar, la diferencia entre una y otra postura es sustancial en razón de la diferente situación en que los cónyuges pueden encontrarse en uno y otro momento; con posterioridad a la ruptura de la convivencia pueden sobrevenir determinadas circunstancias que hacen que la situación existente al decretarse el divorcio sea distinta a la que tenían al cesar la convivencia.

El problema no llega a surgir en aquellos países en los que se han adoptado modalidades de divorcio

mático, es decir, formas de divorcio : las que el momento de cesación de la convivencia coincide en el tiempo con el del pronunciamiento del divorcio. En tales casos, el desequilibrio económico que se produce en uno y otro momento es el mismo y por tanto no llega a plantearse el conflicto.

El Divorcio tal y como ha sido acogido por nuestro legislador, es decir, concebido como una causa de disolución del vínculo conyugal precedido de un período de separación, se limita en la mayor parte de los casos a poner fin a una situación previa de anormalidad del matrimonio. De esta forma, no es el Divorcio lo que en sí va a provocar un desequilibrio económico en alguno de los cónyuges, puesto que el mero hecho de haberse dictado una sentencia decretando la disolución del vínculo matrimonial, en muchos casos, en nada va a alterar la situación que hasta el momento venían manteniendo los cónyuges; lo que por el contrario sí puede haber provocado un desequilibrio económico en la posición de alguna de las partes, es la ruptura de la convivencia conyugal exigida por el Código como requisito necesario para llegar a obtener la disolución del matrimonio.

A la vista de esto, entiendo que el momento que el Juez ha de tener en cuenta para la fijación del desequilibrio económico y, por tanto, para otorgar la

pensión. No es el momento en que se dicta la sentencia de divorcio sino aquél en el que tiene lugar la cesación de la convivencia conyugal. El desequilibrio económico que ha de operar como presupuesto básico de otorgamiento de la pensión es el que se origina al momento de la ruptura del período de normalidad del matrimonio.

Consecuentemente, las posteriores circunstancias sobrevenidas, no podrán -por regla general- ser tenidas en cuenta para apreciar si el divorcio origina en alguno de los esposos un desequilibrio patrimonial. Así lo declara también la A.T. de Bilbao en Sentencia de 15 de setiembre 1982 (117), según la cual: "...La pensión regulada en los arts. 97, 99, 100 y 101 C.c. en lo que a la presente litis interesa, se caracteriza por constituir una prestación compensatoria que tiende a evitar que la separación o el divorcio supongan para uno de los cónyuges un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado durante el matrimonio o, mejor, en el último período de normalidad matrimonial, de donde se desprende que el desequilibrio económico del cónyuge que reclama

(117) Sent. A.T. Bilbao 15 sept. 1982. "La Ley", mayo 1983, p. 4; publicada también en: "Informe sociológico y jurídico sobre la aplicación de la Ley del Divorcio". Tom. II. Presidencia del T.S. Secretaría Técnica, p. 294.

la pensión en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, ha de existir en el momento y ha de producirse con la ruptura de la convivencia conyugal, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores den derecho a pensión si no lo hubo en aquel momento (118).

Tales circunstancias sobrevenidas, sóloamente adquirirán relevancia en aquellos casos en que guarden una relación de causalidad directa con la situación ma-

(118) ROCA TRIAS se plantea la cuestión de ¿qué ocurre cuando existe una separación que se ha prolongado durante un cierto número de años, a la que sigue un divorcio, cuando en el momento de la separación no se acreditó derecho a pensión, pero sí existiría desequilibrio económico en el momento del divorcio?. La respuesta que da es la siguiente: "...Por no tratarse la pensión de un derecho de alimentos, y fijarse básicamente en el desequilibrio hay que negar el derecho a pensión en este caso, porque el desequilibrio que da derecho a pensión debe provocarlo la cesación de la convivencia conyugal, que se instrumenta a base de un divorcio o una separación y la cesación de la convivencia en este caso hará llegar a la conclusión de que el desequilibrio no lo ha provocado la ruptura sino otras circunstancias completamente ajenas a la misma" ROCA TRIAS: "El Convenio regulador... op. cit., p. 239; en contra se manifiesta RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR, para el cual el momento que el Juez deberá tener en cuenta para la fijación del desequilibrio económico es el del ejercicio de la acción de divorcio. RODRIGUEZ DE VIVENTE TUTOR: op. cit., p. 274.

rimonial anterior. Así, por ejemplo, en el caso de que uno de los cónyuges acredite al momento del divorcio que su estado de salud es grave en razón de la intensa colaboración prestada a su esposo durante el matrimonio, o, que como consecuencia de las tareas desarrolladas en el hogar sufre una invalidez que no le ha permitido trabajar durante los años de separación, encontrándose al momento del divorcio en una deteriorada posición económica. En tales supuestos la dificultad aparece en torno a la prueba, por cuanto que el esposo que pretenda obtener una pensión deberá acreditar que la desfavorable situación en la que se encuentra trae su causa del período matrimonial. Acreditada tal relación de causalidad, el Juez podrá apreciar la existencia de un desequilibrio económico y por consiguiente la entrega de una pensión.

Por otra parte, también habrá de tomarse en consideración, a estos efectos, el hecho de haber estado disfrutando uno de los esposos durante el período de separación de una pensión alimenticia que va a desaparecer con la disolución del matrimonio; tal circunstancia trae su causa de la previa vida matrimonial y de su ruptura.

Contrariamente, considero que las circunstancias ajenas a la vida matrimonial que hayan alterado la situación económica de los esposos respecto a la que te-

nían al momento de cesación de la convivencia, no pueden ser tenidas en cuenta como elementos integradores del desequilibrio económico. Pensemos, por ejemplo, en un matrimonio que al momento de la cesación de la convivencia quedaran ambos cónyuges en igualdad de condiciones económicas; posteriormente uno de ellos decide invertir parte de su capital en un negocio que -al cabo de un tiempo y por haberlo descuidado- fracasa, empeorando sensiblemente su situación económica. Llegado el momento de interponer la demanda de divorcio, este cónyuge solicita una pensión alegando la existencia de un desequilibrio económico en relación con la posición del otro esposo y con la situación que disfrutaba durante el matrimonio.

¿La actuación, en cierto modo negligente, del esposo que invirtió su capital, ha de ser compensada con una pensión por el cónyuge que mantuvo su patrimonio -quizá a consta de su trabajo- durante el período de separación y que, llegado el momento de decretarse el divorcio se encuentra en una situación económica más favorable que aquél?.

La respuesta a este interrogante no puede ser sino negativa. La actual situación económica del esposo desfavorecido nada tiene que ver con el anterior período matrimonial y no tiene por qué ser corregida a través

de una pensión que trata de compensar situaciones nacidas de tal período (119).

A la vista de lo expuesto, puede concluirse, que no es la situación en la que se encuentran los esposos al momento del divorcio la que ha de servir al órgano judicial de pauta para apreciar si existe un desequilibrio económico determinante de una pensión, sino que la misma ha de ponerse en conexión con la vida matrimonial y con el estado en el que quedan los cónyuges al

(119) Cobra importancia la mencionada Sent. de la A.T. de Bilbao de 15 sept. 1982 a tenor de la cual "...Sobre no aparecer acreditado plenamente en autos el desequilibrio económico de la esposa en relación con la posición del esposo, ni mucho menos que la situación de aquélla sea peor a la tenida en el último período de normalidad matrimonial, lo que sería suficiente para desestimar su pretensión, también ha de llevar a la misma conclusión la doctrina expuesta en el anterior Considerando, pues el desequilibrio patrimonial que se alega, de existir, sería tan sólo actual, no haciéndose mención alguna de su existencia en el momento de la ruptura de la convivencia conyugal acaecida hace más de 20 años, y no producido por la nueva situación de divorcio que en nada modifica la posición económica anterior de la esposa sino por circunstancias sobrevenidas con posterioridad al cese total de la convivencia que si legalmente pudieron ser paliadas durante la fase de separación a través del deber de socorro mutuo, no deben serlo, ni antes ni ahora, por medio de una institución que responde a distinta finalidad y fundamento". Sent. A.T. Bilbao de 15 sept. 1982... cit.: Vid. también, Sent. de la A.T. de Oviedo de 22 abril 1983; Sent. de A.T. Bilbao de 18 enero 1983.

cesar la convivencia, siendo ésta -en último término- la que ha de tomarse como punto de partida para apreciar la existencia de tal desequilibrio (120).

Siendo ésto así, hay que decir, que esta postura no puede ser llevada a términos extremos. Debe ser mantenida sin perjuicio que en aquellos casos en los que la negación de toda pensión a un cónyuge que al momento de la cesación de la convivencia no sufrió desequilibrio alguno, pero que le sobreviene posteriormente en virtud de circunstancias ajenas a la vida matrimonial, se revele manifiestamente injusta, pueda el Juez decretar una pensión destinada a satisfacer sus necesidades; bien entendido que en tal caso la pensión entregada no lo sería a título de desequilibrio económico previsto en el art. 97, sino que estaríamos ante una prestación "excepcional" con carácter alimenticio atribuida por razones de equidad.

(120) NAVARRO GONZALEZ entiende que "en los casos de separación, el momento que se tendrá que tomar como referencia es el de la cesación de la convivencia conyugal; en los casos en que posteriormente se solicite el divorcio se tendrá en cuenta no sólo la situación de la separación sino la actual de los cónyuges". NAVARRO GONZALEZ, A.M.: "La pensión del art. 97". Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza. Octubre, 1982, p. 68.

Ninguna solución que se adopte sobre este extremo puede ser aplicable con carácter absoluto e inflexible ya que se llegaría a situaciones injustas. No debemos olvidar que se está trabajando con situaciones reales, de la vida, las cuales muchas veces escapan de la norma prevista por el legislador; en consecuencia, es muy difícil -por no decir imposible- sentar un principio general aplicable a la totalidad de los supuestos que pueden plantearse en la práctica. A lo más que puede aspirarse es a buscar soluciones aplicables al mayor número de situaciones, dejando que sea el Juez quien, en última instancia, decida sobre el caso concreto.

C) Notas caracterizadoras del desequilibrio económico: especial referencia al "empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio"

Como ya adelantamos, el Código, si bien no da una definición de desequilibrio económico, matiza este concepto con dos notas caracterizadoras:

- 1ª. Que ha de ser apreciado en relación con la posición del otro cónyuge.
- 2ª. Que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

La primera viene justificada por el deseo del legislador de conseguir un equilibrio en las posiciones económicas de ambos esposos. El desequilibrio económico, en cuanto dato aislado, apreciado con independencia de la situación económica del otro no adquiere relevancia jurídica a los efectos del art. 97; no tendría sentido acordar la entrega de una pensión en los casos en que como consecuencia de la ruptura de la convivencia uno de los esposos haya visto disminuida sensiblemente su posición económica, cuando la situación en la que queda su cónyuge es similar.

Mayores dificultades de interpretación plantea el requisito de que el desequilibrio haya de implicar "un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio". La expresión utilizada por el Código, lejos de ser clara, suscita en la práctica problemas, tanto de carácter formal como sustancial.

Entre los primeros destaca la defectuosa redacción que el legislador ha dado a esta locución; con ella se quiere expresar el empeoramiento que como consecuencia de la separación o divorcio puede experimentar uno de los esposos en su situación económica, respecto a la mantenida durante el matrimonio. El precepto hubiera quedado más claro de haber dicho "...que implique un empeoramiento respecto a su situación matrimonial anterior...".

Al margen de esta matización formal que en nada altera el sentido del texto, surge otra cuestión de carácter sustancial cuya solución queda en gran parte condicionada por la que anteriormente he sostenido acerca del momento en el que ha de ser apreciado el desequilibrio económico.

La cuestión es la siguiente: ¿qué ha de entenderse por situación anterior en el matrimonio?. Ante este interrogante caben dos posibles soluciones:

1ª. Entender que con tal expresión se está haciendo referencia a la situación mantenida por los esposos durante el período de normalidad del matrimonio; esto es la que va desde el momento en que se contrae hasta que cesa la convivencia conyugal.

2ª. O, por el contrario, incluir dentro de ella, tanto el período de normalidad del matrimonio como aquél en el que -aún subsistiendo legalmente el vínculo conyugal- no existe convivencia.

Si como venimos sosteniendo, el desequilibrio relevante para la atribución de una pensión es el que tiene lugar al momento de la cesación de la convivencia

conyugal, tal desequilibrio sólomente va a poder ser apreciado -por ser la única inmediatamente anterior al momento de la ruptura de la vida en común- en relación con la situación mantenida por los esposos durante el período de normalidad de la vida matrimonial. Queda así excluida la posibilidad de que el período de separación -posterior a la ruptura de la convivencia y previo al divorcio- sea asimilado, dentro del contexto del art. 97, a la expresión "situación anterior en el matrimonio".

Esta locución ha de ser interpretada en sentido estricto, de forma que el empeoramiento que ha de implicar el desequilibrio económico, lo ha de ser en relación con la situación disfrutada por los esposos durante el período de normalidad del matrimonio; el significado de la expresión "situación anterior en el matrimonio" ha de ser asimilado con la "plena comunidad de vida entre los cónyuges" (121).

(121) En el mismo sentido se pronuncia FOSAR BENLLOCH, para quien "el empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio, debe referirse a un momento, digamos 'normal' de la vida del vínculo, pues los períodos de medidas provisionales o la separación de hecho antecedentes a la separación o al divorcio -arts. 82 nº 5 y 85 nº 4- no deben ser tenidas en cuenta para calcular este empeoramiento". FOSAR BENLLOCH: op. cit... T. II, V. 1º,

De esta afirmación se desprende otra, cual es que la palabra "matrimonio" adquiere -dentro del contexto del art. 97- un significado restringido.

El Código civil a través de su articulado, no da un concepto de lo que ha de entenderse por "matrimonio". Podría darse una doble interpretación del mismo:

1ª. AMPLIA. Según ésta, el matrimonio es concebido como "institución", viniendo a englobar el conjunto de reglas comprensivas de todos los hechos que de él se derivan, así como las posteriores situaciones que origina y que se prolongan en el tiempo. Así entendido -según dispone nuestro C.c. en el art. 85-, sólo puede ser disuelto por la muerte, la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. De esta

p. 410.

Por "período de normalidad del matrimonio" entiendo aquél en el que la comunidad de vida entre los cónyuges es plena. El hecho de vivir bajo el mismo techo no prejuzga que la convivencia sea normal, máxime conforme a la actual legalidad según la cual -a través del art. 87 C.c.- "el cese efectivo de la convivencia conyugal es compatible con el mantenimiento o la renudación temporal de la vida en el mismo domicilio cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos, y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho".

forma, el matrimonio existiría como institución perfecta desde el día en que se contrae hasta el día en que, por alguna de dichas causas, tiene lugar su disolución.

2ª. ESTRICTA. Conforme a esta interpretación, el matrimonio será asimilado a "período de normalidad de la convivencia"; es decir, vendría a considerarse como "estado en que se encuentran dos personas -al que la ley reconoce efectos- dirigido al establecimiento de una plena comunidad de vida" (122). Quedaría fuera del concepto, aquel período en el que -aún subsistiendo legalmente el vínculo- no existiera "plena comunidad de vida entre los esposos": el período de "cese efectivo de la convivencia conyugal".

Esta última es la acepción que ha de considerarse válida dentro del texto del art. 97 y en concreto, dentro de la expresión "situación anterior en el matrimonio" en cuanto nota caracterizadora del desequilibrio económico.

D) Posibilidad de apreciar el desequilibrio económico en un momento posterior al divorcio

Nos encontramos con una cuestión suscitada con

(122) KIPP Y WOLFF: op. cit., p. 11.

frecuencia en el marco de las legislaciones comparadas. Ante la ausencia de solicitud de pensión en el juicio que declara el divorcio, ¿cabría demandarla en un juicio separado -posterior al divorcio- alegando la alteración de las circunstancias existentes en aquél momento?.

No puede confundirse este tema con el de la revisión de la pensión. A través de ésta, lo que se persigue es la posibilidad de modificar la cuantía de la pensión entregada anteriormente en el juicio de divorcio, en base a la sobrevenida o a la alteración de las circunstancias existentes en aquel momento. De forma distinta, la cuestión que ahora se plantea es la posibilidad de solicitar, no una modificación de la pensión otorgada con anterioridad, sino la de obtener el derecho a recibirla.

El problema se planteó en Francia, a decir de CARBONNIER (123), debido a que muchas mujeres, pertenecientes a la burguesía acomodada, habían omitido o descuidado la solicitud de pensión en el momento en que se

(123) CARBONNIER, J.: "Derecho civil". Tomo I, Vol. II. Situaciones familiares y cuasi familiares. Anotaciones de Zorrilla Ruíz. Editorial Bosch. Barcelona, 1961, p. 194.

las declaraba inocentes respecto al divorcio acordado. Cuando sus rentas se redujeron por efecto de la depreciación monetaria, intentaron dirigirse, a tal efecto, contra sus antiguos maridos. ¿era admisible su actitud?.

Numerosas fueron las decisiones jurisprudenciales francesas que -basándose fundamentalmente en soluciones de equidad- concedieron pensiones en estas condiciones. Generalmente en las mismas, pretendía encontrarse un nexo de unión o relación de causalidad entre el estado de necesidad sobrevenido y el divorcio. Así, la Cour d'Apel de París, en Sentencia de 4 marzo 1958 (124) declaró que "la circunstancia de que el estado de

(124) París, 4 mars 1958, J.C.P. 1959. II. 11.316. Citada en CONSTANTINESCO, L.: "Le principe de la causalité en matiere de pension alimentaire après divorce". Rev. Trim. Dr. Civ. 1965. p. 768; en el mismo sentido Cass. Sent. 17 enero 1958 según la cual "si la pensión no ha sido pedida en la fecha del juicio de divorcio, podrá serlo seguidamente si el acreedor ha caído en la necesidad posteriormente al divorcio por una causa que no le sea imputable, siempre que se constate una relación directa entre su estado de necesidad y la falta de su ex-cónyuge que haya entrañado la ruptura del lazo conyugal. Cass. Civ. 17 enero 1958, D. 1958, p. 247 note LE GALCHER-BARON, citada en CHOAINDESCAMPS-ROYER: op. cit., p. 213; sent. 18 decembre 1958 dictada por la Cour d'Apel de París en la cual se acuerda una pensión alimenticia a una mujer que 20 años después del divorcio se encontraba en un estado de necesidad a causa de su precaria salud y de su avanzada edad que le impedía trabajar. Cour d'Apel de París, sent. 18 decemb. 1958. J.C.P. 1959 II 11.316, citada por CONSTANTINESCO op. cit., p. 767.

necesidad de la mujer aparezca numerosos años después del divorcio, no significa que ese estado no encuentre su causa primera en la ruptura del vínculo conyugal" y añade "que esta situación debe ser directamente ligada al divorcio, puesto que, aunque se haya revelado actualmente bajo la presión de circunstancias exteriores no solamente independientes de la voluntad de la mujer, sino también totalmente extrañas a ella, era preexistente a la disolución del matrimonio y después ha seguido latente".

Posteriormente, en otros Ordenamientos como el italiano, el tema fue objeto de controversia tanto por parte de la doctrina como de la Jurisprudencia. Seguidamente expongo uno de los casos más significativos de la Jurisprudencia italiana.

Con Sent. 10 febrero 1972, el Tribunal de Génova declaraba la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso de los esposos Maggi; nada se disponía acerca de la entrega de una pensión, por no haberla solicitado las partes en la demanda de divorcio. Años después, el 26 de julio 1975, la mujer interpone un recurso aduciendo que en su momento no solicitó la correspondiente pensión porque estaba en condiciones de mantenerse holgadamente, trabajando como enfermera, pero que, posteriormente había caído gravemente enferma y perdido

su trabajo; en consecuencia, tenía ahora absoluta necesidad de ayuda por parte de su ex-marido cuya renta se alzaba en 1.500.000 liras al mes.

El marido presentó al Tribunal una declaración con fecha de 10 de diciembre 1971 en la que su esposa, dando cuenta de haber recibido 300.000 liras por parte del marido, afirmaba no tener ninguna otra pretensión.

El Tribunal de Génova en Sent. 12 febrero 1976, declaró "que de la disponibilidad de la pensión, deriva la posibilidad de una renuncia definitiva e irrevocable a la pensión, de forma que en el caso presente tal renuncia se había verificado, impidiendo el resurgir del derecho aún en el caso de alteración o cambio en las condiciones económicas en una de las partes (125)", alegaba también que "cuando la sentencia de divorcio no contenga disposición sobre la pensión, no es posible in-

(125) De la disponibilidad de la pensión se deriva la posibilidad de renuncia; es controvertido si tal renuncia debe considerarse definitiva y, por consiguiente inmodificable. SCARDULLA es partidario de entender que debe interpretarse como definitiva siempre que no haya sido sometida a condición aceptada por la otra parte. SCARDULLA: op. cit., p. 98; PUNZI-NICOLO se inclina por entender que la renuncia ha de ser definitiva e inmodificable. PUNZI-NICOLO "Il Divorzio... op. cit., p. 91.

vocar la norma del art. 9 de la Ley nº 898/70 relativa a la revisión". Fundaba esta conclusión en la expresión literal del art. 5 párrafo 3 de la citada ley: "...con la sentencia que pronuncia el divorcio ...el Tribunal dispone... una pensión...".

En último lugar consideró el Tribunal que "cesado el vínculo conyugal (fuente del deber de solidaridad o de responsabilidad del que deriva la obligación) sin que existan las condiciones para la atribución de la pensión, los acontecimientos sucesivos, independientes del preexistente matrimonio, no pueden ser fuente de la obligación".

Esta decisión de la Corte de Apelación de Génova fue objeto de posterior recurso de Casación. El Tribunal de Casación, en Sent. de 6 abril de 1977, afirmaba -entre otras cosas- que "la renuncia válidamente realizada en el momento en que el renunciante no se encontraba en estado de necesidad puede devenir parcialmente ineficaz en caso de sobrevenida de justos motivos, siempre limitado a la satisfacción de las exigencias elementales de la vida" (126).

(126) Cass. 6 abril 1977 nº 1.305, secc. I Civile. For. it 1977, c I, p. 2.247.

CIPRIANI ante el interrogante de si el divorciado puede pedir la pensión después del proceso de divorcio, en base a un empeoramiento económico o bien en base a una mejora de las condiciones económicas del otro, se pronuncia negativamente. Considera, que "dar relevancia, después del proceso de divorcio, al empeoramiento de las condiciones económicas de uno de los dos divorciados, o peor aún, admitir que un divorciado pueda aprovecharse de una mejoría sobrevinida en las condiciones económicas del otro, después del divorcio, aparece difícilmente justificable. Pronunciado el divorcio, los ex-cónyuges van por su camino. El cordón umbilical que puede unirles ahora, debe tener su causa válida en el matrimonio y/o en la ruptura del mismo, no en hechos sucesivos al pronunciamiento formal del divorcio, especialmente cuando -como ocurre en nuestro ordenamiento- este pronunciamiento tiene lugar años después de la ruptura del matrimonio" (127).

(127) CIPRIANI, F.: "Sulla connessione tra divorzio e assegno". Giur. it. 1974 I, 2 p. 69. Contrariamente BIANCA considera que "la posibilidad de que el derecho a la prestación no exista en el momento de la disolución del matrimonio, sino que venga a surgir en un momento sucesivo, debe admitirse en consideración al fundamento de tal derecho; el fundamento de la solidaridad postconyugal impone en efecto la ayuda al ex-cónyuge también si el presupuesto de la insuficiencia del patrimonio para mantener el nivel de vida surge tiempo después de dictado el divorcio". BIANCA: op. cit., p. 184.

Debido a la novedad de la institución del divorcio y, consiguientemente de la pensión, en nuestro Ordenamiento el tema no ha sido aún planteado; no obstante -en prevención de posibles conflictos-, considero que siguiendo la orientación de la moderna doctrina comparada, no cabría admitir en el derecho español la posibilidad de solicitar la pensión en un juicio separado y posterior al de divorcio alegando la sobreveniencia de determinadas circunstancias.

Nuestro Código Civil nada dice al respecto; sólomente podría seguirse la solución negativa de la expresión utilizada en el art. 97, al decir: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico... tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial...". Esta expresión, si bien deja sentado que la pensión ha de ser fijada en la resolución judicial, no dice en cuál; si en la que decreta la separación o divorcio o, cabe también en otra posterior. Aunque expresamente no lo especifique, del contexto del precepto hay que deducir que tal resolución es la que dicta la separación o el divorcio.

Por otra parte, mantener en este punto otra solución, iría en contra de lo que hasta ahora he venido sosteniendo acerca del momento en el que ha de ser apreciado el desequilibrio económico. Si hemos afirmado que

las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para la entrega de una pensión, son las existentes al momento de la cesación de la convivencia conyugal sin que las posteriores circunstancias sobrevenidas y ajenas a la vida matrimonial, apreciables al momento del divorcio, cobren relevancia, con mayor motivo debe ser excluida la posibilidad de solicitar la pensión en base a circunstancias posteriores al divorcio.

V. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN EL ART. 97

La enumeración de circunstancias previstas en la segunda parte del art. 97 y distribuidas en ocho apartados, destaca por la gran variedad de criterios que en ella se recogen. Hay circunstancias de carácter claramente compensatorio: la dedicación pasada y futura a la familia (nº 4), la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge (nº 5), la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (nº 6), la pérdida eventual de un derecho de pensión (nº 7); de carácter alimenticio: el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge (nº 8); de carácter convencional: los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges (nº 1) (128).

(128) Ver la comparación de estas circunstancias con las

Hay que tener en cuenta que, aparte de estas circunstancias enumeradas expresamente en el art. 97, el Juez podría tomar como datos de valoración otros distintos. La enunciación no es taxativa sino ejemplificativa y en consecuencia cualquier otra circunstancia de caracteres parecidos a las previstas por el precepto, podrán ser valoradas por el Tribunal (129). En páginas anteriores (130) veíamos cómo en el Proyecto del Gobierno, la enumeración del art. 97 aparecía como taxativa al no incluirse en su redacción la expresión "entre otras". Esta fue añadida en el Informe de la Ponencia quedando claro que, conforme a la actual redacción tal enumeración no constituye un "numerus clausus".

Aparte de otras modificaciones sufridas por la mencionada enumeración a lo largo de los debates parlamentarios (131) hay que destacar una muy importante

previstas por el legislador francés en el art. 272 en página 60 y ss.

(129) En este sentido LOPEZ ALARCON considera que la enumeración del art. 97 podrá completarse con circunstancias tales como la conducta de cada uno de los cónyuges, el nivel de vida familiar y otras que el Juez apreciará discrecionalmente. LOPEZ ALARCON, M.: "Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares". LA LEY 1982. p. 913.

(130) Ver p. 62 nota 43.

(131) En el Proyecto del Gobierno sólo aparecían

cual fue la supresión de la relativa a "los hechos que hubieran determinado la separación, el divorcio y la participación de cada cónyuge en los mismos".

Este criterio aparecía en el Proyecto del Gobierno (132) encabezando la lista de circunstancias del art. 97. Se mantuvo en el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (133), para ser posteriormente eliminado en el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Senado (134).

seis circunstancias. La 2ª del Proyecto englobaba las que hoy aparecen como 2ª y 3ª. Se decía: 2ª) la edad, salud y cualificación profesional; en la redacción definitiva: 2ª) la edad y el estado de salud y 3ª) la cualificación profesional añadiéndose "las probabilidades de acceso a un empleo.

Por otra parte las que hoy aparecen en 5º y 7º lugar no se recogían en el Proyecto inicial.

- (132) Publicado el 13 de marzo de 1980 en el B.O. de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura nº 123. I.
- (133) Publicado el 6 de diciembre de 1980 en el B.O. de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, nº 123-I, 1.
- (134) Publicado el 8 de Junio 1981 en el B.O. de las Cortes. Senado. I Legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones de Ley remitidas por el Congreso de los Diputados nº 161.

La introducción de esta circunstancia entre los datos que el Juez debería tener en consideración para fijar la pensión, suscitó gran polémica en los debates parlamentarios. Si el legislador español había adoptado el sistema de divorcio-remedio, eludiendo toda referencia a la culpabilidad, no se veía la razón por la cual en la práctica habría de tomarse en consideración como criterio valorativo de la pensión, la participación de cada uno de los cónyuges en los hechos que motivaron la separación o el divorcio.

Con su supresión quedó eliminado del sistema de divorcio español toda referencia expresa a la culpabilidad de los esposos. Esta solución no fue aceptada unánimemente por la doctrina. LUNA SERRANO (135) opina que "hubiera sido deseable alguna mención a la misma en relación a la concesión de la pensión (136).

(135) LUNA SERRANO: op. cit., p. 369.

(136) En el derecho italiano el criterio de culpabilidad para la determinación del assegno per divorzio late en la expresión del art. 5 de la Ley de divorcio "la razón de la decisión". GRASSI la interpreta en el sentido de que el Juez deberá proceder a valorar los motivos por los cuales ha sido dictada la sentencia de divorcio. GRASSI: op. cit., p. 192.

Del mismo modo en el derecho francés la culpabilidad adquiere también relevancia a efectos del otorgamiento de la pensión. Dice el art. 280 n^o 1:

Por contra, favorable a esta supresión se manifiesta ROCA TRIAS (137) para la cual "no se ve la necesidad de indagar sobre la participación de cada cónyuge en los hechos que dan lugar a la separación o al divorcio. En su opinión -aún cuando no le parezca del todo satisfactoria la solución- lo que se podría decir es que la causa de intervención en la ruptura, cuando fuese conocida, podrá intervenir rebajando la cuantía de la pensión; es decir, que existiendo desequilibrio económico y sufriendolo quien ha provocado el cese de la convivencia que comporta la separación o el divorcio, existirá derecho a pensión que se basa en el dato objetivo del desequilibrio económico, pero puede verse limitada por la concurrencia de culpa en la separación" (138).

Personalmente considero que, debido a que la enumeración de circunstancias que hace el art. 97 no es taxativa, nada impide que siendo conocida la causa que

"el cónyuge por cuya culpa exclusiva haya sido pronunciado el divorcio no tiene derecho a ninguna prestación compensatoria. Sin embargo puede obtener una indemnización excepcional..."

(137) ROCA TRIAS: "El Convenio regulador... op. cit., p. 231.

(138) En el mismo sentido, y en relación con el Derecho inglés, RENCHON establece que la revelación de una falta conduciría a la consecuencia de que la pensión alimenticia se vería reducida pero no suprimida. RENCHON: op. cit., p. 351 nota 92.

motivó la separación o el divorcio así como el grado de participación en ellas de cada uno de los cónyuges, ésta circunstancia pueda ser tenida en consideración como un dato más -entre otros- para fijar la cuantía de la pensión. En ningún caso como elemento determinante del otorgamiento o denegación de la pensión; queda también excluida la posibilidad de indagar sobre dicha participación; ésta, le debe venir presentada al Juez en los hechos o en último caso la conocerá al margen de toda investigación (139).

En cualquier caso, el hecho que nos interesa y que hay que hacer constar, es que suprimida la circunstancia referida a la culpabilidad que aparecía en el Proyecto situada en primer lugar, pasó a ocupar la cabeza de la enumeración la que hasta entonces figuraba

(139) En el Ordenamiento italiano, PERILLO se cuestionaba si el hecho de que el Tribunal para determinar el "assegno" hubiera de tener en cuenta "la razón de la decisión" ¿quiere decir que el Juez deberá escuchar con atención todas las recíprocas acusaciones que los cónyuges se dirigen para disputarse el aumento o la reducción de la pensión, como sucedía no hace muchos años en virtud de lo que formalmente se denominaba culpa? ¿significa que después de que el Juez haya considerado justo e inevitable disolver el matrimonio debe también, a los solos efectos económicos, descubrir quién lo ha deshecho?. En su opinión, la valoración de "la razón de la decisión" debe ser hecha con un criterio de gran comprensión para encontrar los elemen-

en último: "Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges" (140). Esta circunstancia es la que a continuación paso a examinar.

A) Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges

Suprimida en la redacción definitiva del Congreso de los Diputados toda alusión a la intervención de los esposos en los hechos que hubieran dado lugar a la crisis, se sitúa en el primer lugar de las circunstancias enumeradas en el art. 97 el criterio de "los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges" (141).

tos que pueden haber influido en modo verdaderamente preponderante sobre la patología del matrimonio disuelto. PERILLO: op. cit., part. I, p. 564.

- (140) En el Proyecto esta circunstancia aparecía recogida en último lugar bajo la expresión "el convenio de los cónyuges". A partir del Informe de la Ponencia se abandonó esta denominación para acoger la que actualmente aparece en la redacción del Código.
- (141) FOSAR considera que la justificación de haber colocado en primer lugar esta circunstancia está en evitar el excesivo laxismo o excesiva amplitud de la apreciación judicial, que puede ser un inconveniente en una institución nueva sin precedente en nuestro derecho. Quizá para evitar este inconveniente que atentaría a la seguridad jurídica se optó por colocar en primer lugar esta circunstancia. FOSAR BENLLOCH: op. cit., T. II. V. 1º, p. 411.

Esta circunstancia aparecía recogida en el Proyecto del Gobierno y siguió incluida en todo el desarrollo legislativo de la Ley. No obstante, al llegar al Senado sufrió una importante alteración: pasó de ocupar el último lugar a colocarse en la cabeza de la enumeración.

De esta alteración no debe deducirse que el legislador pretendiera establecer una relación jerárquica de circunstancias. Así lo piensan también LASARTE Y VALPUESTA (142) al decir que "con ello no se quiere decir que exista una jerarquización de las circunstancias aludidas en el art. 97 cuya primacía correspondería al citado acuerdo; sino simplemente se quiere poner de relieve la importancia que debe tener para el Juez en la fijación casuística de la pensión la existencia de un acuerdo de tal índole".

Al enfrentarnos con esta primera circunstancia, el principal problema que se nos presenta es el siguiente: ante la posibilidad de que los esposos presenten al Juez unos acuerdos en virtud de los cuales hayan fijado la procedencia o inexistencia de la pensión, se

(142) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 754.

plantea la cuestión de determinar cuál es el valor que para el Juez han de adquirir tales acuerdos; ¿actuarán como presupuesto condicionante de la ulterior decisión judicial o por el contrario el Juez simplemente los tendrá en cuenta -en cuanto expresión de la voluntad de las partes- como un dato más entre los diversos que constituyen el presupuesto para el otorgamiento de la pensión?.

La respuesta a este interrogante está íntimamente ligada a la cuestión de cuáles son los acuerdos a los que se está refiriendo el nº 1 del artículo 97. Concretado ésto podrá fijarse el alcance y valor que para el Tribunal adquieren estos pactos.

Si se llegara a la conclusión de que estos acuerdos son asimilables a los Convenios reguladores exigidos preceptivamente por el legislador en los casos de separación y divorcio solicitado de mutuo acuerdo, no habría otro remedio que atribuir a estos pactos un carácter vinculante y definitivo, siempre que hubieran sido aprobados y homologados por el Juez. Si por el contrario se llegara al resultado distinto de excluir de estos acuerdos, los Convenios que se refieren al art. 90 nº 1 habría que concluir que tales acuerdos no tienen carácter vinculante para el Juez y por tanto serán tomados en consideración en la medida en que puede ser toma-

do cualquier acuerdo de las partes.

La conflictividad de la cuestión trae su causa en el hecho de que el legislador ha utilizado la expresión "acuerdos de los cónyuges" en distintos artículos, sin dejar sentado con claridad cuál es su significado en cada uno de ellos.

El art. 90 C.c. en su párrafo 2º establece que "...Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges". Por su parte la circunstancia objeto de estudio -1ª del art. 97- alude a "Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges".

Estas expresiones ¿habrán de considerarse equivalentes al Convenio Regulador previsto en el párrafo 1º del art. 90?. Algunos autores como LOPEZ Y LOPEZ (143) consideran que -entre otras razones- debido a la

(143) LOPEZ Y LOPEZ, A.M.: "Comentario al art. 90 C.c." en Comentarios al nuevo Título IV del Libro I.C.c. coordinados por Lacruz. Editorial Civitas. Madrid, 1982, p. 613.

proximidad en los párrafos, los acuerdos del párrafo 2º del art. 90 no pueden ser distintos por lo que hace a la separación y al divorcio; otros como LOPEZ ALARCON (144) mantienen la postura contraria; considera que "estos acuerdos no deben identificarse con los convenios reguladores a que se refiere el párrafo 1º del mismo artículo 90. Estos tienen su ámbito, restringido a los supuestos de separación y divorcio solicitados de mutuo acuerdo por los cónyuges, mientras que aquellos acuerdos se proponen al Juez por uno de los cónyuges a fin de que sean aprobados por éste como medidas definitivas de la nulidad, separación y divorcio, porque puede suceder que los cónyuges no estén de acuerdo en separarse o divorciarse y que estén conformes en que si uno de ellos promueve el proceso de separación o de divorcio se adopten las medidas acordadas que se estiman las más adecuadas".

A mi juicio, no cabe duda de que el Convenio previsto en el párrafo 1 del art. 90 es distinto a los

(144) LOPEZ ALARCON: "El nuevo sistema..." op. cit., p. 330; en el mismo sentido GARCIA CANTERO opina que en el art. 90 se contienen dos reglas de distinto ámbito y eficacia, una relativa a la validez de los acuerdos de los cónyuges en orden a regular los efectos de la nulidad, separación y divorcio y otra referente a los Convenios Reguladores de la separación y divorcio por mutuo consentimiento. GARCIA CANTERO: op. cit., p. 374; FOSAR BENLLOCH: op. cit., T. II, V. 1º, p. 309.

acuerdos a que alude el párrafo 2º. Es distinto -en primer lugar- su ámbito de aplicación, mientras que el primero constituye un presupuesto condicionante de la admisibilidad de las demandas de separación y divorcio solicitadas de mutuo acuerdo, tal y como preven los arts. 81 nº 1 y 86; los segundos pueden presentarse en todos los casos, no sólo de separación y divorcio, sino también de nulidad. El primero se limita exclusivamente a los supuestos de separación y divorcio consensual, mientras que los segundos amplían su ámbito de aplicación a todo tipo de pactos que los cónyuges convengan en orden a la regulación de las consecuencias derivadas de la nulidad, separación y divorcio.

Por otra parte, los acuerdos generales del art. 90 párrafo 2º, son de carácter voluntario mientras que el Convenio Regulador previsto en el párrafo 1º es de carácter necesario. Los primeros han de ser valorados por el Tribunal como un dato importante en cuanto debe partir de la idea de que -en principio- nadie mejor que los propios cónyuges están capacitados para regular los efectos y consecuencias derivados de la situación de crisis a que han llegado, pero sin condicionar en modo alguno a ellos su decisión final. Contrariamente, los Convenios Reguladores, debido al carácter preceptivo que le ha sido atribuido por los arts. 81 nº 1 y 86, en cuanto presupuestos de admisibilidad de la demanda, ha-

brán de adquirir para el Juez un valor determinante para la futura sentencia que prevea las medidas definitivas. Estos Convenios en virtud de su carácter necesario, entran a formar parte del supuesto de hecho de la norma que faculta la separación y el divorcio por mutuo acuerdo; aprobados u homologados judicialmente, adquieren un carácter vinculante.

En definitiva, el párrafo 2º del art. 90 está consagrando con carácter general, el principio de autonomía de la voluntad de los esposos en orden a la regulación de los efectos derivados de la nulidad, separación y divorcio, mientras que el párrafo 1º lo que preve, es un supuesto concreto de expresión de la voluntad de los esposos: la que preceptivamente el legislador les impone cuando deseen solicitar el divorcio o la separación de mutuo acuerdo. Los primeros son acuerdos generales y los segundos una clase especial y concreta de aquellos.

La aprobación de los acuerdos generales de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio -y por tanto también del Convenio Regulador-, vendrá condicionada a que no tengan un carácter dañoso para los hijos ni gravemente perjudicial para los cónyuges. Así lo preve el propio párrafo 2º del art. 90.

Ahora bien: ¿qué se ha de entender por "grave perjuicio para uno de los cónyuges?". Se trata sin duda de un límite con un marcado carácter subjetivo; el Código nada dice al respecto, de forma que corresponderá al Juez decidir, en último término, cuál es la interpretación que en cada caso concreto habrá que dar a dicha expresión. LOPEZ Y LOPEZ considera que existe "grave perjuicio para uno de los cónyuges" en los casos en que el acuerdo no responde a una cierta reciprocidad en las obligaciones, deberes y cargas asumidas por cada uno de los cónyuges" (145). Faltando esta correspondencia cabrá apreciar -para el cónyuge desfavorecido- la existencia de un perjuicio tal que lleve al Juez a denegar la aprobación del acuerdo.

A la vista de lo expuesto y volviendo al tema que nos ocupa: el del sentido y valor que hay que dar a la circunstancia primera del art. 97, pienso que puesto que la pensión prevista en este precepto es aplicable a todos los casos de separación y divorcio y no solamente a los solicitados de mutuo acuerdo; hay que descartar la posibilidad de que los acuerdos a los que alude esta circunstancia se identifiquen con los Convenios Regula-

(145) LOPEZ Y LOPEZ: op. cit., p. 626.

dores del art. 90 nº 1 consustanciales con dichas formas de divorcio. Estos acuerdos deben de asimilarse a los previstos con carácter general en el párrafo 2º del citado art. 90.

Contrasta con esta opinión la mantenida por ROCA TRIAS (146) para la cual "el primero de los criterios establecidos en el art. 97 nº 1 sólo puede aplicarse cuando exista Convenio Regulador aunque no sea homologado por el Juez". LUNA SERRANO (147) considera que "sólo pueden ser tomados en cuenta, como tales, los no aprobados u homologados judicialmente en relación a la pensión, puesto que, en el caso de resultar aprobados por el Juez, ya no habría lugar a tenerlos en cuenta como posibles elementos de decisión". De esta opinión se desprende que los acuerdos del art. 97 nº 1 han de asimilarse a los Convenios Reguladores presentados en los supuestos de separación y divorcio consensual en los supuestos de que por determinadas circunstancias no hayan merecido la aprobación judicial.

En mi opinión estos convenios no homologados

(146) ROCA TRIAS: "El Convenio regulador... op. cit., p. 233.

(147) LUNA SERRANO: op. cit., p. 370.

podrán quedar incluidos en dicha circunstancia, si bien, no con carácter exclusivo ni excluyente sino como uno más de los múltiples acuerdos que pueden celebrar los esposos. Por otra parte, y a tenor de lo establecido por la disposición adicional 6ª nº 7 de la Ley de 7 de julio, si el Juez no aprobase en algún punto el convenio regulador, "concederá a los cónyuges un plazo de diez días para proponer nuevo convenio en lo relativo a este punto...". Cabría la posibilidad de que presentado este nuevo convenio, el Juez deniegue nuevamente su aprobación; en este caso y como afirma GARCIA CANTERO (148) habría que considerar desestimada la demanda de separación o divorcio consensual; en consecuencia, dichos convenios no homologados, pasarían a convertirse en meros acuerdos expresivos de la voluntad de las partes que -como anteriormente vimos- no vincularán la decisión del Juez sino que los tendrá en cuenta simplemente como datos informativos.

En conclusión, considero que los acuerdos a que hace referencia la circunstancia 1ª del art. 97 son aquellos realizados por los esposos en los supuestos de separación y divorcio distintos de los solicitados de común acuerdo por ellos; es en los casos en que así se

(148) GARCIA CANTERO: op. cit., p.

soliciten y como consecuencia presenten los cónyuges la propuesta de Convenio regulador cuando la circunstancia primera quedará vacía de contenido. Presentado el Convenio y aprobado por el Juez, serán los acuerdos que en el mismo se hayan tomado los que condicionen la decisión judicial.

El acuerdo que en materia de pensión hayan adoptado los esposos en el Convenio regulador según lo dispuesto en el apartado E) del art. 90, actuará como presupuesto de otorgamiento o denegación de la misma, sin que el resto de las circunstancias enumeradas en el art. 97 cobren relevancia a estos efectos. Si los cónyuges acuerdan su entrega, deberán probar al Juez que se ajusta a las exigencias de ambos esposos y que restablece el desequilibrio económico originado por la separación o el divorcio; si contrariamente no se ha señalado pensión, habrá de justificarse la denegación demostrando al Juez la ausencia de desequilibrio patrimonial (149).

(149) En este sentido LOPEZ ALARCON considera que no basta que por la simple declaración de los cónyuges en este sentido, tenga que aceptarse la exoneración a los cónyuges del deber de señalar la pensión, sino que deberán explicar las razones para eludir ese señalamiento, ya sea porque los cónyuges cuentan con bienes suficientes y equilibrados ya porque no cuentan con ninguno, en su extrema pobreza. LOPEZ ALARCON: op. cit., p. 622. Hay que

Si hubiéramos llegado a la conclusión de que estos convenios son los que se refiere la circunstancia 1ª del art. 97 nos encontraríamos con un conflicto de competencia para la atribución de la pensión. El legislador a previsto dos formas de atribución: una convencional para los casos en los que estando los cónyuges conformes en instar la separación o el divorcio, puedan decidir voluntariamente cuales van a ser los efectos de estas si-

destacar la Sent. de 7 de octubre de 1981 del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Barcelona la cual establece que "No se ha hecho prueba suficiente de si el divorcio produce desequilibrio económico en uno de los cónyuges, a pesar de que se dice en el apartado E) del convenio que 'el presente divorcio no produce desequilibrio económico en ambos consortes'. Y no basta esa manifestación para entender que no hay desequilibrio económico entre los cónyuges, porque si bien la primera circunstancia a tener en cuenta para determinar el desequilibrio económico es el acuerdo a que hubieren llegado los cónyuges, conforme a la norma 1ª del art. 97 de la Ley 30/1981, ese desequilibrio puede provenir, entre otras circunstancias, de las otras siete circunstancias a que se refiere el citado artículo 97 del Código civil, reformado por la Ley 30/1981, conocida por Ley de Divorcio; cuyo artículo establece con sumo acierto esa serie de circunstancias a tener en cuenta, sin que para este Juzgador sea bastante con la mera manifestación de los cónyuges para entender que no hay desequilibrio económico, pues hay que entender a las otras circunstancias de dicho art. 97, aparte de otras que pueden concurrir. Por ello procede aprobar el convenio regulador salvo en lo relativo a la posible pensión alimenticia de uno u otro cónyuge, cuyas acciones posibles se reservan ambos".

tuaciones; a este fin destina el convenio Regulador del art. 90 párrafo 1º apartado E); y otra judicial para los supuestos en que los esposos no estén de acuerdo en demandar la separación o el divorcio; el juzgador, en otro caso, deberá fijar la pensión conforme a lo establecido en el art. 97 C.c.

Si consideráramos que la circunstancia 1ª del art. 97 es equivalente al Convenio regulador, estaríamos dejando sin eficacia y vaciando de contenido el art. 90 E) que en si mismo faculta a los cónyuges para que convencionalmente fijen la pensión del art. 97. Estaríamos, en definitiva, despojando a los esposos que solicitan el divorcio y la separación por mutuo acuerdo de la facultad, atribuida por ley, de fijar convencionalmente la pensión por desequilibrio económico.

Eliminando esta posibilidad y asimilando la circunstancia 1ª del art. 97 a los acuerdos realizados por los cónyuges que no han demandado conjuntamente la separación o el divorcio, pero que, llegado el momento de la ejecución de la sentencia o incluso antes, han decidido prever convencionalmente las consecuencias que de aquellas situaciones pueden derivarse, debemos plantearnos ahora cuál es el valor que, en relación con las demás circunstancias enumeradas en el art. 97 ostentan estos acuerdos.

En mi opinión, no puede mantenerse la postura adoptada por RODRIGUEZ DE VICENTE Y TUTOR (150) según la cual, frente al principio de autonomía de la voluntad consagrada en el nº 1 del art. 97, los demás criterios previstos en él, adquieren un valor subsidiario.

Si bien estos acuerdos, como ya dije, han de suponer para el Juez un dato importante en cuanto expresión de la voluntad de los esposos; debido a que el legislador en el art. 97 no hace distinción alguna de las circunstancias que enumera, no hay razón para entender que ésta tenga un carácter preferencial sobre las demás. De su situación en la relación sólo puede desprenderse el deseo del legislador de que el Juez en la fijación de la pensión tenga en cuenta en primer lugar la voluntad de los esposos, sin quedar su decisión vinculada en modo alguno a dichos acuerdos. El Juez los valorará junto con las restantes circunstancias y señalará, según exista o no desequilibrio económico y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, si procede o no la entrega de una pensión conforme al art. 97.

Concluyo afirmando con LOPEZ ALARCON (151) que

(150) RODRIGUEZ DE VICENTE Y TUTOR: op. cit., p. 274.

(151) LOPEZ ALARCON: op. cit., p. 357.

la circunstancia "acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges" prevista en el nº 1 del art. 97 ha de valorarse como "una invitación al Juez para que parta de dicho acuerdo como si se tratara de una propuesta de pensión sobre la cual habrán de aplicarse los demás índices que enumera el art. 97".

B) La edad y el estado de salud

Estas dos circunstancias aparecían recogidas en el Proyecto del Gobierno en segundo lugar junto con la que en la redacción actual se menciona en tercero; en el Informe de la Ponencia esta triple circunstancia se desdobló en dos: por una parte "la edad y el estado de salud" y por otra "la cualificación profesional" a la que se añadió "las probabilidades de acceso a un empleo".

Ambas circunstancias han de adquirir para el Juez un gran valor a efectos fundamentalmente de la determinación de la cuantía de la pensión. Al analizar el desequilibrio económico en cuanto presupuesto determinante del otorgamiento de la pensión, veíamos, cómo en la enumeración de circunstancias del art. 97 destacan algunas -las que configuraron la vida matrimonial- que unidas a la desventaja patrimonial que como consecuencia de las mismas pueden originarse en la posición de alguno

de los esposos, al momento de la ruptura de la convivencia, debían ser consideradas como fundamentales para la propia configuración del desequilibrio económico; estas circunstancias habrán de ser valoradas por el Juez en relación al momento en que cesó la convivencia conyugal.

Frente a estas circunstancias, integran la enumeración del artículo 97 otro grupo de circunstancias (edad, estado de salud, cualificación profesional, probabilidades de acceso a un empleo), que en razón de su carácter claramente personal y subjetivo no tendría sentido apreciarlas en aquel momento; son estas circunstancias las que permitirán al Juez formarse una idea de la capacidad de readaptación para el futuro de cada uno de los esposos y por tanto han de ser valoradas y tomadas en consideración en el momento en que se dicta la sentencia de divorcio. Otra solución no tendría sentido.

Con esta distinción queda mitigado en cierta medida el rigor a que podría llegarse a través de la tesis de la apreciación del desequilibrio económico en el momento de la cesación de la convivencia conyugal; pienso, que es a este momento, al que el Juez debe retrotraerse para apreciar si el divorcio ocasionó para alguno de los esposos un desequilibrio económico teniendo en cuenta las circunstancias que configuraron la vida matrimonial, mientras que por el contrario, es al momen-

to de dictar la sentencia de divorcio cuando el Juez, a la vista de las actuales circunstancias personales de los esposos y por ende de sus posibilidades de readaptación, procederá a fijar la cuantía de la pensión que considere oportuna.

Respecto a las circunstancias de "edad y estado de salud", la doctrina se plantea la cuestión de si han de ser valoradas en relación a los dos esposos o solamente respecto al cónyuge acreedor de la prestación. A mi juicio, si bien nada dice el Código al respecto, ha de seguirse la línea trazada por nuestro más fiel modelo -el Code francés- en el cual esta circunstancia aparece expresamente mencionada en relación a los dos esposos (152). Esta solución parece la más justa teniendo en cuenta que todo el sistema que envuelve a la pensión se articula sobre la comparación de las posiciones de ambos cónyuges.

No cabe duda de que la edad avanzada así como el precario estado de salud constituyen uno de los ries-

(152) En el mismo sentido VALLADARES: op. cit., p. 427; LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 756; LÓPEZ ALARCON: op. cit., p. 357; FOSAR BENLLOCH: op. cit., p. 413; en contra RODRIGUEZ DE VICENTE Y TUTOR: op. cit., p. 274.

gos mayores de inseguridad económica. Como dice VOGEL-POLSKY (153) "el debilitamiento de la capacidad y del potencial físico, la mayor predisposición para la enfermedad, la paralización -a menudo impuesta- de toda actividad profesional lucrativa, la disminución brusca del nivel de vida gozado, constituyen los temas fundamentales de la inseguridad de las personas de avanzada edad".

Me parece acertada la puntualización que, en relación con las circunstancias de edad y estado de salud, hacen LASARTE Y VALPUESTA (154); consideran que "para la apreciación de la posible influencia en la pensión de las circunstancias de edad y estado de salud hay que tener en cuenta que tales contingencias o, más bien, que sus posibles consecuencias sean objeto de compensación o satisfacción por la Seguridad Social u otra entidad aseguradora".

(153) VOGEL-POLSKY, E.: "Les conséquences du divorce dans quelques systèmes de sécurité social en Europe" en Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par la Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976. Etablissements E. Bruylant S.A. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1978, p. 405.

(154) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 756.

Sin duda alguna el hecho de que alguno de los esposos pueda ver compensada -a través de determinadas asignaciones o seguros- las deficiencias o perjuicios que se deriven de su avanzada edad o precario estado de salud, es una circunstancia que el Juez ha de tener presente para la fijación de la pensión; ello no solamente en el caso de que la posibilidad de disfrutar de la prestación sea actual, sino también en los supuestos en los que el momento de disfrute de la misma sea futuro; es decir, independientemente de que las condiciones de edad y de salud sean deficientes, el Juez ha de tener en cuenta el hecho de que alguno de los esposos sea o pueda ser en el futuro beneficiario de una prestación de jubilación o de enfermedad, o en general de cualquier tipo de prestación derivada de la Seguridad Social.

Así por ejemplo, en el caso de que los cónyuges ejerzan una actividad profesional conforme a la cual transcurrido el período exigido por la Ley puedan acceder al disfrute de una pensión de la Seguridad social, el Juez habrá de tener en cuenta que los problemas que podrían plantearse como consecuencia de la edad avanzada de alguno de los esposos, van a solventarse, en cierta medida, a través de dicha prestación.

El problema se plantea en relación con aquél de los cónyuges que durante el matrimonio no ha adquiri-

do derecho a ninguna de estas pensiones; se trata aquí de ver las repercusiones que el divorcio puede tener sobre los mecanismos de protección destinados a garantizar la seguridad de los esposos y el mantenimiento de sus rentas.

En el Derecho español la posibilidad de que el cónyuge que no ha realizado una actividad profesional adquiera derecho a una pensión de jubilación no ha sido planteada. Contrariamente, en la mayor parte de las legislaciones comparadas el tema ha sido objeto de preocupación, reconociéndose legalmente la posibilidad de que la mujer divorciada pueda tener acceso a una parte de la asignación de jubilación de su ex-marido, aún en los casos en que durante el matrimonio no haya desempeñado ningún trabajo (155).

(155) En Inglaterra la mujer no trabajadora que tenga menos de 60 años en el momento de pronunciarse el divorcio, debe acogerse como asegurada principal a un seguro nacional. Si no tiene rentas suficientes podrá pagar cotizaciones reducidas o incluso ser dispensadas del pago cuando sus rentas no hayan sobrepasado 650 libras al año. Si se abstiene de cotizar (habiendo sobrepasado esta cantidad) su pensión se reducirá o incluso desaparecerá. Cuando alcance la edad de 60 años, su pensión de retiro se calculará teniendo en cuenta las contribuciones del ex-cónyuge durante el matrimonio así como las pagadas por ella después del divorcio. En caso de contraer nuevo matrimonio antes de cumplir los 60 años, la mujer divorciada pierde todo

MEULDERS-KLEIN (156) afirma que en los sistemas de Seguridad social de base profesional que permanecen y se fundan en la idea de mujer "ama de casa" dedicada al hogar cuyos derechos derivan del título de "persona a cargo" de los del marido, el divorcio entraña un riesgo más grande para la mujer que para el hombre. Los regímenes de seguridad Social fundados sobre el trabajo profesional combinados con la multiplicación de los divorcios hacen de la mujer dedicada al hogar la principal víctima. Desde este punto de vista los regímenes de vocación universal ofrecen garantías superiores" (157).

el derecho a una pensión de retiro calculada sobre las contribuciones del primer marido.

La mujer que se divorcia a los 60 años o más, y que no ejerce actividad lucrativa no deberá pagar ninguna cotización; puede pretender a una pensión de retiro igual a la que podría haber obtenido como viuda, si su marido hubiera muerto en la fecha del pronunciamiento del divorcio. VOGEL POLSKY: op. cit., pp. 410 ss.

- (156) MEULDERS-KLEIN, M.T.: "Las sequelles alimentaires du divorce en Droit Civil et en Droit Social" en Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines..., p. 722.
- (157) VOGEL-POSKY examina los grandes sistemas de Seguridad Social que prevalecen en los países industrializados distinguiendo dos clases: a) Regímenes de Seguridad Social organizados sobre una base profesional tendentes a conceder una cierta seguridad económica a las personas activas que protegen. b) Regímenes de vocación universal que a su

Entre los Ordenamientos que han tomado en consideración este problema destaca la atención prestada por la nueva legislación alemana.

vez se dividen en dos tipos esenciales: 1º. El servicio nacional; 2º. El seguro nacional. En el momento actual ningún sistema es aplicado en puridad; se han producido movimientos de convergencia que han operado aproximaciones entre los dos conceptos de base.

En los países de tradición británica existe una tendencia a la aplicación de regímenes de vocación universal en virtud de los cuales el sistema de pensiones es aplicable en principio a todos los residentes (Inglaterra, Canadá, Australia); también en los países nórdicos (Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia, Islandia) y en Malta, Países Bajos y Suiza. En algunos países predominan las Pensiones nacionales en las cuales el coste se computa al presupuesto nacional con el mismo título que cualquier otro gasto público, existiendo a menudo tasas especialmente afectadas a su financiación parcial. En otros países existe el llamado "seguro nacional" con contribuciones entregadas por los asegurados siendo completados sus recursos económicos en determinados casos por los fondos públicos. En estos regímenes las pensiones nacionales no se fijan en función de las rentas obtenidas durante la vida activa del interesado, salvo en Suiza; no obstante en el curso de la última década, numerosas legislaciones han instituido en favor de personas activas, regímenes de pensiones complementarias en los que el montante viene determinado según las ganancias profesionales obtenidas durante la vida activa. Este régimen de pensiones complementarias es acogido por países como Suecia (después de 1960), Inglaterra (después de 1961), Finlandia (después de 1962 para los asalariados y después de 1970 para los trabajadores autónomos y los agricultores) y en Noruega (después de 1967).

Datos extraídos de VOGEL-POLSKY: op. cit., pp. 406 ss; ver también GUY PERRIN: "Physionomie et

En el Derecho alemán, con anterioridad a 1972, la mujer divorciada no trabajadora sólomente tenía derecho a una pensión de jubilación en los casos en que su antiguo cónyuge -asegurado principal- viniera obligado a entregarle una pensión alimenticia. A raíz del proyecto de Reforma del Gobierno llamado "Proposición Arends" -modificador de la situación de los esposos en caso de divorcio- se elimina, de una parte el lazo entre las responsabilidades derivadas del divorcio y el derecho a la pensión de jubilación, y de otra el vínculo entre la deuda de una pensión alimenticia y la protección de los divorciados.

El Proyecto propuso una legislación basada en la idea de "bienes de la comunidad". Surgía así la posibilidad de crear un seguro de vejez del esposo divorciado, basado en los derechos adquiridos a través de la liquidación del régimen matrimonial; se decía que en la medida en que dicha liquidación -caso de haber adoptado un régimen comunitario- conducía a una repartición igualitaria del patrimonio adquirido por los esposos durante el matrimonio, serían los bienes recibidos en este concepto los que operarían como seguro de vejez.

Años más tarde, el Proyecto de Reforma alemana, convertido en Ley el 14 de junio de 1976, se propuso dar al problema una respuesta inspirada en la participación en las ganancias que domina el régimen matrimonial legal. Los parágrafos 1.587 a 1.587 o) B.G.B. regulan minuciosamente el tema. A través de ellos se organiza una igualación de los derechos a las ventajas sociales futuras adquiridas en el momento de la disolución del matrimonio, en razón de las cotizaciones realizadas por los esposos; se reconoce indirectamente el valor económico del trabajo de los esposos en el hogar, independientemente de la pensión alimenticia que le correspondería reclamar. Después de la nueva regulación la pensión de jubilación y la pensión alimenticia se presentan como prestaciones independientes.

Según HOLZAUER (158) uno de los objetivos más importantes de la Reforma alemana ha sido el de mejorar el seguro de vejez de la mujer divorciada; en su opinión, la situación jurídica anterior no era satisfactoria ya que eran muy numerosas las mujeres divorciadas que no habían adquirido derechos de jubilación y pedían ayuda social; incluso sumando los períodos durante los cuales habían ejercido una actividad profesional propia,

(158) HOLZAUER: op. cit., p. 138.

raramente podían esperar los 15 años necesarios para la apertura de los derechos de retiro, según el régimen general de la Seguridad Social.

El sistema adoptado por el legislador alemán para solventar estos problemas es complejo; su fundamento se articula en un mecanismo de repartición de los derechos de pensión adquiridos durante el matrimonio, conocido con el nombre de "Versorgungsausgleich" (VA). A través de él se pretende garantizar a los cónyuges divorciados una autónoma fuente de sustento económico, independientemente de la prestación que le sea debida como alimentos. Se diferencian de éstos en que no está condicionado ni por el estado de necesidad del acreedor ni por los recursos del deudor. No se excluye la posibilidad de que el esposo beneficiario de tales derechos de jubilación quede obligado a entregar una pensión alimenticia a su cónyuge; sin embargo, la regla general es que la obligación de alimentos y los derechos de retiro sean debidos por el mismo esposo.

Sin perjuicio de que este mecanismo sea objeto de un estudio más detallado, al analizar la séptima circunstancia enumerada en el art. 97: "la pérdida eventual de un derecho de pensión, puede decirse ahora que el "VA" adopta dos modalidades:

1ª. "Wertausgleich" (WA): Supone una repartición de los derechos de retiro cuyo fin principal es garantizar al acreedor un seguro de vejez conforme al régimen general de la Seguridad Social; este sistema opera de oficio. El WA exige como condición que los derechos adquiridos por alguno de los esposos a través del seguro de vejez, sean sometidos al llamado "Splitting" o sistema de compensación permanente. Los derechos de pensión de retiro sólo se someten a compensación en la medida en que hayan sido adquiridos durante el matrimonio.

En este sistema se parte de la base de que el acreedor generalmente ha ejercido antes del matrimonio una actividad profesional sometida al régimen ordinario de la Seguridad Social, y que después de la ruptura del vínculo reemprende nuevamente una actividad de este tipo; el tiempo de duración del matrimonio se computará a efectos de la percepción de un seguro de jubilación. Si el acreedor no ejerciera una actividad profesional después de la ruptura del matrimonio, tendría la posibilidad de completar, en virtud del crédito de compensación y a través de un mecanismo de cotización voluntaria, los puntos de retiro necesarios para obtener la asignación.

Para la ejecución del WA el párrafo 1.587 b) B.G.B. prevé tres modalidades diferentes según el tipo de compensación que incumba al deudor; el párrafo 1.587 d) distingue en sus tres primeros párrafos: a) los derechos del seguro de vejez del régimen general, b) los derechos de retiro de los funcionarios, c) los otros derechos.

El WA cobra la forma de un seguro "a posteriori" a favor del acreedor, merced al pago de las correspondientes cotizaciones por el deudor. El WA puede fracasar en los casos en que el deudor no pague las cotizaciones que le son impuestas por el párrafo 1.587 b) párrafo 3º B.G.B.

Puede ocurrir que en casos particulares el WA no reporte ventajas al acreedor o, inversamente, suponga un grave perjuicio para el deudor; en estos casos, tal y como prevé el párrafo 1.587 b) párrafo 4º B.G.B., el Tribunal de familia podrá, en virtud de demanda de una de las partes, organizar un sistema distinto de compensación. Esta posibilidad adquiere gran importancia en la práctica debido a que las relaciones entre el acreedor de la compensación y el asegurador o deudor de la misma, están regidas por las condiciones generales del régimen de la seguridad social; consecuentemente, el acreedor de la compensación para obtener el corres-

pondiente derecho de retiro deberá esperar 15 años. Así, si bien con el WA le son acreditados períodos de cotización, puede suceder que, en razón de su edad avanzada, su incapacidad para el trabajo o incluso la falta de recursos del otro esposo para pagar las correspondientes cotizaciones, el acreedor no se encuentre nunca en situación de disfrutar su retiro. Contrariamente, puede suceder que el deudor cuando haya operado el "splitting (sistema de compensación permanente) no cumpla las condiciones necesarias para la apertura de las prestaciones, debido a que la compensación le supondría la pérdida completa de su retiro. Concurriendo tales circunstancias, el legislador alemán ha hecho surgir un sistema de repartición contractual de los derechos de pensión llamado SVA.

2ª. SVA: Supone un sistema de repartición contractual de los derechos de retiro en virtud del cual el deudor entrega al acreedor una renta de compensación por un importe igual al que resulta de la repartición de los derechos de retiro. A diferencia del WA, el SVA no opera de oficio; el acreedor debe interponer una demanda fundada contra el deudor. El SVA tiene un carácter subsidiario en relación al WA y sólo podrá entrar en juego en los cinco casos previstos por el parágrafo 1.587 f). Existe una clase determinada de derechos que sólo pueden ser compensados por la vía del SVA: los de-

rechos de retiro de empresas privadas (159).

Al lado de este complejo sistema previsto por el Ordenamiento alemán, destaca también la atención prestada al tema por el legislador belga (160).

En este Ordenamiento se recoge la posibilidad para la mujer divorciada de un trabajador asalariado de obtener una pensión de retiro. Esta posibilidad fue prevista por primera vez en la sentencia de ejecución de la Ley de 21 de mayo 1955 relativa al régimen de pensiones de los obreros (161) y de la Ley de 12 de julio de 1957 relativa al régimen de pensiones de los empleados.

(159) El estudio de la evolución del sistema de compensación de los derechos de retiro previsto por la nueva regulación alemana ha sido extraído fundamentalmente de HOLZAUER, H.: op. cit., p. 138 ss. y MEULDERSKLEIN, M.T.: op. cit., pp. 722 ss.

(160) La evolución del sistema de pensión de jubilación prevista en el derecho Belga a favor de la mujer divorciada está basada en el estudio realizado por DENIS, P.: "Les conséquences du divorce dans le droit de la sécurité social belge" en Famille, Droit et changement dans les sociétés contemporaines... cit., pp. 373 ss.

(161) El principio de la entrega de una pensión a la mujer divorciada había sido ya previsto por la Ley de 29 de diciembre de 1953 relativa a la pensión de los obreros, pero nunca había sido seguida de medidas de ejecución.

Estas disposiciones fueron recogidas sin modificación apreciable, en el régimen de pensiones de trabajadores asalariados instituidos por la sentencia de 24 de octubre de 1967.

Las numerosas críticas a que éste régimen fue sometido, como consecuencia de la admisión del divorcio por separación de hecho de más de 10 años (162), llevaron al gobierno a revisar la situación de la mujer divorciada, así como su aptitud para obtener una pensión de retiro o jubilación. Esta revisión fue llevada a efecto por la Sentencia Real de 12 de mayo de 1975.

A partir de entonces las mujeres divorciadas pueden acceder a la entrega una pensión de retiro una vez alcanzada la edad de 60 años correspondiente a la edad normal de jubilación (163). Otra condición que se le impone es la de no ejercer ningún tipo de actividad profesional y no beneficiarse de ningún tipo de indemnización

(162) L. du 1 juillet 1974 relative au divorce pour cause de séparation de fait.

(163) El mecanismo de estas pensiones es distinto según se trate de régimen de asalariados o régimen de autónomos. Contrariamente a lo previsto para la mujer separada, la divorciada puede obtener la pensión alcanzada la edad exigida incluso en el caso de que su antiguo esposo no haya cumplido la edad de la jubilación. DENIS: op. cit., p. 375.

o seguro de enfermedad, invalidez o de paro, en aplicación de una ley belga o extranjera de Seguridad Social (164). El montante de la pensión de retiro será fijado en función del número de años de matrimonio durante los cuales el marido ha ejercido una actividad profesional en calidad de trabajador asalariado o de trabajador autónomo (165).

-
- (164) El derecho de retiro puede extinguirse por las siguientes causas: 1º) por haber sido privada de la patria potestad o condenada por atentar contra la vida de su esposo. Estas causas encuentran su origen en una Ley de 22 julio 1931 relativa al régimen de jubilación de los obreros mineros. 2º) por contraer nuevo matrimonio.

Regime de salariés: A.R. 21 décembre 1967, art. 75; regime des independants: A.R. 22 décembre 1967 art. 94. DENIS: op. cit., p. 376.

- (165) Regime de salariés: A.R. 21 décembre 1967, art. 76; regime des independants A.R. 22 décembre 1967, art. 95. DENIS: op. cit. p. 378. Las disposiciones anteriores del régimen de asalariados imponían la obligación de deducir de esta pensión toda renta o prestación alimenticia pagada después del divorcio. El antiguo art. 77 del A.R. 21 decembre 1977 precisaba que esta deducción debía operar incluso ante la ausencia de pago efectivo de la pensión alimenticia desde el momento en que la mujer no haya realizado ninguna diligencia para la continuación del pago.

La pensión de retiro de un trabajador asalariado representa un porcentaje de las remuneraciones pagadas durante cada año de trabajo. Para el cálculo de la pensión de la mujer divorciada se establece, por año de matrimonio, una remuneración ficticia

Por su parte el Ordenamiento francés ha regulado parcialmente las pensiones de retiro en caso de divorcio por ruptura de la vida en común a través de la Ley nº 75-617 de 11 julio 1975 (166) y el Decreto de 9

en la que el montante es igual al 62'5% de la remuneración anual del ex-cónyuge. DENIS: op. cit., p. 378.

- (166) El art. 11 de la Ley nº 75-617 de 11 julio de 1975 en su párrafo 1º ha añadido al Código de la Seguridad Social un art. L. 351-2 redactado de la siguiente forma: Art. L. 351-2 "Cuando un asegurado no ha contraído segundas nupcias después de un divorcio por ruptura de la vida en común pronunciado contra él conforme a los artículos 237 a 241 del Código civil, su cónyuge divorciado será asimilado a un cónyuge supérstite para la aplicación del art. L. 351 del Código de la Seguridad Social (el art. 351 del Código de la Seguridad Social refundido por la Ley de 3 de enero de 1975 prevé en provecho del cónyuge superviviente una pensión de reversión a título de seguro de vejez). Cuando el asegurado haya contraído segundas nupcias, la pensión de reversión a la cual da derecho su muerte es repartida entre su cónyuge supérstite y él o los anteriores cónyuges divorciados que no hayan contraído nuevo matrimonio, a prorrata de la duración respectiva de cada matrimonio. Este reparto operará a título definitivo después de la liquidación de los derechos del primero que haya presentado la demanda.

Por su parte el párrafo segundo del artículo 11 de esta misma Ley añade un art. 1.122-2 al Código Rural a tenor del cual: "En los casos de divorcio por ruptura de la vida en común, acaecida la muerte de una persona conforme a lo previsto en el primer párrafo del art. 1.122 y 1.122 nº 1, el retiro de reversión previsto en dichos artículos, es atribuido al antiguo cónyuge divorciado o repartido entre éste y el cónyuge superviviente en las mismas condiciones que las del art. 351-2 del Código de la Seguridad Social, según las modalida-

de noviembre de 1977 relativo al seguro de vejez de los trabajadores no asalariados de las profesiones agrícolas (167).

des fijadas por decreto". El art. 12 dice: "El Gobierno tomará las medidas necesarias para adaptar a los regímenes de retiro legales y reglamentarios las disposiciones del artículo precedente".

- (167) El Decret n° 77-1.237 du 9 novembre 1977 fija las condiciones de aplicación de las disposiciones del artículo 11 de la Ley n° 75-617 du 11 de julio 1975, al régimen de seguro de vejez de los trabajadores no asalariados de las profesiones agrícolas. En su art. 2 prevé la inclusión en el Decreto de 31 de mayo 1955 de un art. 35; a tenor de dicho artículo: "El art. 1.122-2 del Código Rural se aplica en las condiciones siguientes: I.- En los casos en que el asegurado haya muerto sin haber contraído nuevo matrimonio después de un divorcio por ruptura de la vida en común pronunciado contra él, su cónyuge divorciado tiene derecho, si no ha contraído nuevas nupcias, al retiro de reversión cuando cumpla las condiciones exigidas a estos efectos al cónyuge superviviente siempre que su matrimonio haya durado al menos dos años.

Es asimilado al asegurado no casado nuevamente, previsto en el párrafo anterior, aquél que contrayendo nuevas nupcias se haya divorciado nuevamente por una causa distinta a la ruptura de la vida en común o haya muerto antes de haber transcurrido dos años desde que contrajo segundo matrimonio o no deje cónyuge viudo.

II.- En los casos en que el asegurado casado por segunda vez muera después de uno o de varios divorcios por ruptura de la vida en común pronunciado contra él, el cónyuge supérstite y/o los anteriores cónyuges divorciados no casados, siempre que sus matrimonios respectivos hayan durado más de dos años, tendrán derecho a una parte del retiro de reversión dividido a prorrata según la duración de cada matrimonio. Esta duración, determinada de fecha a fecha, se completará con el número

Lo dicho por lo que se refiere a la posibilidad prevista en la mayor parte de las legislaciones comparadas de compensar al esposo que no ha desarrollado una actividad profesional, de los perjuicios que la edad avanzada puede ocasionarle en caso de disolución del vínculo matrimonial. Igualmente, en numerosos Ordenamientos se contempla la posibilidad de obtener un seguro

de meses que no completen otro año.

Cuando el cónyuge viudo y el o los precedentes cónyuges divorciados no reunieran al mismo tiempo las condiciones de atribución del retiro de reversión, las partes de éste que les sean respectivamente debidas son determinadas después de la liquidación de los derechos del primero que haya presentado la demanda; estas partes les serán entregadas en la medida en que los interesados justifiquen que reúnen las condiciones señaladas.

Si después de varios divorcios por ruptura de la vida en común pronunciados contra el asegurado, éste muere antes de haber transcurrido dos años desde su último matrimonio o sin dejar cónyuge superviviente, el retiro de reversión debe ser repartido en las condiciones señaladas entre sus precedentes cónyuges divorciados no casados nuevamente. Recueil D.S. 1977. Leg. p. 466.

Este artículo recoge otros dos párrafos aplicables en concreto a la familia y al cónyuge del dueño de la explotación agrícola.

Vid. También art. 1 Decret n° 77-1.238 du 9 de novembre 1977 portant application du decret n° 76-152 du 6 fevrier 1976 relatif aux pensions des salaries agricoles en cas de divorce pour rupture de la vie commune. Verlo en Recueil D.S. Leg. p. 466.

de enfermedad cuando en el período matrimonial no se haya adquirido ningún derecho por tal concepto (168).

De lo expuesto puede deducirse cómo las circunstancias de la edad y el estado de salud han recabado la atención de gran parte de los Ordenamientos extranjeros; en ellos se tiende a que estos factores, de indudable repercusión negativa en las condiciones de vida de los esposos, y en especial de aquél que se encuentra en peor situación económica como consecuencia de la separación o el divorcio, puedan ser compensados a través de prestaciones de la Seguridad Social.

En el Derecho español, esta protección es escasa, configurándose la pensión prevista en el art. 97, junto con las prestaciones introducidas por la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981 de 7 julio, como las únicas vías de salvaguardia de los derechos de los esposos divorciados o separados. A través de ellas, el Juez deberá proteger y subsanar las deficiencias que la

(168) El art. 16 de la Ley francesa nº 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires establece: "...en caso de divorcio por ruptura de la vida en común previsto en los art. 237 a 241 del Código civil, el esposo que no ha tomado la iniciativa del divorcio y que no se beneficie a ningún título de las prestacio-

separación o el divorcio origine en la posición económica de alguno de los cónyuges.

C) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo

Como ya vimos esta circunstancia aparecía en el Proyecto de Gobierno ocupando el segundo lugar en la enumeración del art. 97 junto con la edad y la salud; posteriormente en el Informe de la Ponencia pasó a situarse en tercer lugar al lado de un nuevo criterio: "las posibilidades de acceso a un empleo" (179).

Cabe plantearse -al igual que hicimos con la circunstancia anterior- si ha de ser referida a uno o a ambos cónyuges. Pienso que la solución ha de ser la

nes del seguro de enfermedad, conserva todos los derechos que había adquirido por este título de su antiguo cónyuge". En relación con el tema ver MAZEAUD: op. cit., p. 951; DENIS: op. cit., pp. 383 ss; VOGEL POLSKY: op. cit., pp. 399 ss; KETTER-DE WIJN, E.: "Il diritto di famiglia nei Paesi Bassi: mutamenti nel l'opinione pubblica e nella legislazione" en Familia, diritto, mutamento sociale en Europa, a cura de Valerie Pocar e Paola Ronfani. Diritto e cultura moderna. Edizioni di Comunità. Milano, 1979, pp. 187 ss.

(169) El Code francés en la enumeración del art. 272 recoge estas circunstancias por separado, en tercero y cuarto lugar respectivamente.

misma que la dada para aquélla; puesto que se trata de determinar la posición en la que se encuentran los dos esposos, para después comparar cuál de ellos es el que ha experimentado un mayor desequilibrio económico, es lógico que se atienda a la cualificación profesional y a las probabilidades de acceso a un empleo de ambos cónyuges (170). Aún en los casos en que habiendo sido apreciado un desequilibrio económico por circunstancias ajenas a dicha circunstancia, ésta sólo operará a efectos de determinación de la cuantía de la pensión, me parece justo que para valorar el montante que el cónyuge deudor ha de entregar al acreedor, se tome en consideración la actividad profesional desarrollada por aquél (171).

Esta circunstancia queda incluida dentro del grupo de elementos de valoración que pueden jugar un doble papel en materia de pensión. Por una parte podrá operar como elemento determinante del desequilibrio económico ya que se entenderá que cuando al cesar la convivencia y como consecuencia de la anterior vida matri-

(170) El legislador francés prevé la circunstancia de la cualificación profesional en relación con ambos esposos y la de las posibilidades de acceso a un empleo solamente en relación con el cónyuge acreedor de la prestación compensatoria.

(171) En contra VALLADARES: *op. cit.*, p. 427.

monial, alguno de los esposos, en razón de su avanzada edad, falta de cualificación profesional u otros motivos no pueda encontrar un trabajo que le permita mantenerse por sí mismo, se habrá originado un desequilibrio económico en su posición, en relación con la disfrutada durante el matrimonio; en consecuencia, en estos casos esta circunstancia actuará como criterio determinante del otorgamiento de la pensión. No obstante, puede darse el caso de que habiéndose comprobado la existencia de un desequilibrio económico por circunstancias distintas, el Juez al objeto de valorar las posibilidades de readaptación del cónyuge acreedor de la pensión, tenga en cuenta este criterio para, posteriormente fijar la cuantía de la prestación según sean mayores o menores las posibilidades de desarrollar una actividad lucrativa.

Es evidente que la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo van a desempeñar un papel muy importante a la hora de fijar la pensión. Ahora bien, no debemos perder de vista que la cualificación profesional en sí misma considerada, no es sino una mera cualidad personal de carácter objetivo que, como afirman LASARTE Y VALPUESTA (172) "de por sí

(172) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 757.

no es significativa más que de ciertas aptitudes homologadas, valorables en el mundo del trabajo; fuera de ese mercado carece de valor y por consiguiente de posible influencia de la pensión".

Es significativo, a este respecto, el que el legislador español haya englobado en una sola circunstancia "la cualificación profesional" y "las probabilidades de acceso a un empleo"; con ello quiso dejar sentado que la mera posesión de un título académico o profesional que, potencialmente permita acceder a un trabajo, no ha de adquirir relevancia a efectos de fijar la pensión sino cuando vaya acompañado de la posibilidad real de desarrollar la actividad profesional para la cual se está cualificado; esto es, en los casos en que alguno de los esposos disponga de una cualificación profesional pero sus posibilidades de desarrollarlo sean nulas o escasas, el Juez deberá apreciar esta circunstancia globalmente en cuanto imposibilidad real actual de satisfacer sus propias necesidades.

Esta idea ha prevalecido en la Jurisprudencia italiana. La Sentencia del Tribunal de Casación de 8 de febrero 1977 (173), establece que "la aptitud para el

(173) Cass. 8 febbraio 1977 n° 556. For it. 1977. C, I,

trabajo de uno de los cónyuges divorciados no es de por sí suficiente considerada en abstracto para demostrar la posibilidad de ganancia o beneficio del mismo, debiéndose por el contrario tener en cuenta la efectiva posibilidad de desarrollo de la actividad profesional para el cual el cónyuge es idóneo, valorándose en concreto todo factor, sea individual sea de naturaleza ambiental y económico social (174).

Siendo esto así, es indudable que la valoración y fijación por el Juez de las posibilidades y oportunidades que en el futuro van a tener los esposos para acceder a un empleo se constituye en una difícil tarea; máxime cuando ello va a depender, en la mayor parte de los casos, de circunstancias externas variables en razón de la situación del mercado de trabajo y de la coyuntura económica del país. No obstante, en la actualidad, al

2.272; Cass. 8 aprile 1974 nº 974. Giust. Civ. 1976. I, 441; App. Milano 30 maggio 1973. Dir. Fam. e pers. 1975 p. 147; App. Milano 17 giugno 1973. Dir. Fam. e pers. 1973, p. 363.

- (174) COCCIA-CIALDINI considera que esta afirmación ha de ser referida sobre todo a la mujer dedicada al hogar que se ha visto privada, a causa de la vida conyugal, de toda posibilidad de desarrollar una actividad profesional conforme con sus propias aptitudes. En este sentido Cass. 8 febbraio 1978 inédita in Tab. CED. Cass. COCCIA-CIALDINI: op. cit., p. 60; ver también BIANCA: op. cit., p. 177.

juzgador español no le será difícil comprobar -en razón de la situación de crisis económica que está atravesando el país- que las posibilidades de encontrar un empleo son escasas. En el momento presente es evidente que esta circunstancia adquiere un papel trascendental a efectos de prever la futura posición económica del cónyuge acreedor de la pensión.

En párrafos anteriores se hacía constar cómo el hecho de estar en posesión de una titulación académica o profesional, esto es, el hecho de tener una cualificación profesional, no es un dato valorable en sí mismo cuando no vaya acompañado de la posibilidad real de desarrollar la actividad para la que se está cualificado. Ahora bien, ello no impide que el Juez a la hora de valorar esta circunstancia considere que dicha cualificación profesional va a proporcionar al esposo que la posea, mayores posibilidades de encontrar un empleo que el que no haya adquirido ninguna formación profesional. En este sentido el Tribunal deberá tomar este dato en consideración a efectos de señalar una mayor o menor cuantía de la pensión. Evidentemente, no se encuentra en la misma situación el cónyuge que habiendo ejercido con anterioridad al matrimonio una actividad profesional y disponiendo de una titulación académica se ve obligado a interrumpirla para dedicarse al cuidado del hogar, que aquél que llegó al matrimonio sin ninguna formación y

que al disolverse aquél se encuentra incapacitado para desarrollar cualquier tipo de trabajo (175).

La circunstancia de "la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo" ha servido al legislador alemán de base para construir el sistema de pensión alimenticia posterior al divorcio. El tema ya fue estudiado en páginas anteriores (176),

(175) VINZENZI AMATO distingue varios supuestos, atribuyendo a la pensión un carácter temporal o definitivo según las distintas circunstancias. Así, considera que en los casos en que el cuidado de la casa haya limitado a uno de los cónyuges a realizar un trabajo poco cualificado en relación con su capacidad o incluso le haya obligado a renunciar a toda actividad extradoméstica, el cónyuge perjudicado tendrá necesidad de ser ayudado a readaptarse en la medida de lo posible: desaparecida la exigencia que había determinado su dependencia total o parcial del otro cónyuge no podrá pretender que continúe su dependencia; en consecuencia la pensión fijada por el Juez de forma indefinida adquirirá un carácter sustancialmente temporal.

Como caso límite de esta situación recoge el supuesto en que uno de los esposos a través de una larga carrera doméstica -sea de señora o de ama de casa- haya quedado totalmente descalificado de la posibilidad de desarrollar cualquier tipo de actividad profesional sin haberse preocupado en el transcurso de la vida matrimonial de adquirir ninguna formación profesional; estas situaciones que, justificadas o no, son muy frecuentes en la familia italiana hacen que la pensión adquiera un carácter definitivo. Vid. VINZENZI AMATO: op. cit., p. 339.

(176) Ver pp. 92 y ss.

al desarrollar el sistema adoptado por el Código civil alemán para fijar los presupuestos determinantes del derecho a pensión.

La existencia de un derecho a pensión en este Ordenamiento, supone que uno de los cónyuges no esté en condiciones de ejercer una actividad profesional debido a circunstancias tales como la edad, la dedicación al cuidado de los hijos o la enfermedad. La aptitud de los esposos para desarrollar un trabajo es la nota caracterizadora de la pensión alimenticia posterior al divorcio, conforme a la nueva regulación alemana operada en virtud de Ley de 14 de junio 1976. En concreto son los parágrafos 1570 y siguientes B.G.B. los que se ocupan del tema.

A estos efectos, no sólo adquiere relevancia la "imposibilidad moral de ejercer una actividad profesional", sino también los supuestos en los que teniendo los esposos aptitud y capacidad para desarrollar una actividad lucrativa, no pueda encontrarla; dice el párrafo 1.573 párrafo 1º): "El crédito alimenticio existe en los casos en que no puede exigirse de un esposo que ejerza una actividad profesional o bien cuando no pueda encontrarla". La actividad exigible a los cónyuges ha de ser conforme a sus cualificaciones profesionales y aptitudes; el párrafo 1.574 muestra como criterios a

tener en cuenta para valorar cuál es el tipo de labor que puede exigirse a los esposos, los siguientes: la formación, las aptitudes, la edad y el estado de salud; juega también un papel importante las condiciones de vida desarrolladas y mantenidas por los cónyuges durante el matrimonio, en función del tiempo que dura la unión (177).

Un dato que llama la atención y que ya fue resaltado en su momento, es el de que conforme a la última Reforma operada en la materia, el Código civil alemán admite que un esposo no tiene la misma necesidad de trabajar, o mejor la misma obligación, cuando la actividad profesional que fuera conforme a su aptitud y cualificación no fuera apropiada a las condiciones de vida mantenidas por la pareja durante el matrimonio. Ya apunté en páginas anteriores cómo para HOLZAUER se está reconociendo expresamente un privilegio a favor de los cónyuges que durante el matrimonio hayan adquirido un

(177) En el mismo sentido se pronuncia DAGNINO según el cual: "si la mujer divorciada no disponiendo en la actualidad de rentas actuales, se encuentra en buena disponibilidad de encontrar un trabajo que le permita proveerse adecuadamente a su sostenimiento, el Juez no señalará en su favor la entrega de una pensión periódica. El nuevo trabajo debe ser conforme a la posición social gozada por el cónyuge durante el matrimonio o en último término

elevado nivel de vida. Igualmente reconoce que con tal manifestación se favorecerá a la mujer que durante el matrimonio se dedicó al hogar y al cuidado de los hijos, no pudiendo desarrollar ningún tipo de actividad distinta a la que corresponde a estas labores y que, en virtud de este criterio, producido el divorcio podrá rehusar al ejercicio de una actividad profesional semejante a la desarrollada hasta el momento: una labor basada fundamentalmente en tareas domésticas (178).

Por otra parte, el legislador alemán reconoce a favor del cónyuge que al momento del divorcio carezca de cualificación profesional y de aptitud para el trabajo, la posibilidad de iniciar un período de reciclaje o readaptación (179). La financiación de este período, cuando sea indispensable para el desarrollo posterior

no debe ser lesivo para su dignidad en relación al ambiente social en que ha vivido". DAGNINO: op. cit., p. 172.

(178) Ver HOLZAUER: op. cit., p. 133.

(179) Dice el parágrafo 1.574 párrafo 3º: "una formación, un reciclaje o una readaptación podrá ser realizada por uno de los esposos, el cual adquirirá derecho a una pensión alimenticia en la medida en que le sea indispensable para el ejercicio de una actividad profesional adecuada".

de una actividad profesional lucrativa que le permita proveer sus propias necesidades, correrá a cargo del ex-cónyuge (180) (181).

El párrafo 1.575 B.G.B. recoge dos situaciones distintas en las que el ex-cónyuge divorciado se ve obligado a financiar al esposo descualificado un período de formación: en el párrafo 1º) se recoge el caso en que uno de los esposos durante el matrimonio no haya desarrollado o haya interrumpido una actividad profesional; en el 2º párrafo se alude al supuesto en que uno de los cónyuges, como consecuencia del matrimonio, haya sufrido un notable perjuicio en su aptitud profesional. Los supuestos de hecho que integran ambos párrafos son distintos.

(180) Ver comentario de este artículo en pp. 94 y ss.

(181) En Finlandia la Comisión "Miettinen" consideró, que en tales casos el obligado a garantizar la subsistencia del esposo divorciado es el Estado: "Si un esposo divorciado es incapaz de proveerse su subsistencia, el deber de suministrarle lo necesario incumbe en primer lugar a la sociedad y no al otro cónyuge como actualmente sucede. Esta cuestión de principio ha sido tomada como punto de partida y propuesta ante todo, porque el estado de necesidad de un cónyuge divorciado es debido generalmente a la ausencia de empleo o a la incapacidad para el trabajo y así, tradicionalmente la asistencia de los ciudadanos pobres e indigentes por tales razones incumbe al Estado" (Kom. Bet 1972. A. 21, p. 210). Dato extraído de SUNDBERG,

La finalidad perseguida por el párrafo 1º) no es otra que compensar al esposo, que por haber dedicado sus cuidados al hogar y a la familia, no ha podido ejercer ni desarrollar una actividad profesional; no es preciso que haya interrumpido su trabajo para que se le conceda la posibilidad de iniciar una formación. De manera distinta, en el párrafo 2º) se recoge el supuesto según el cual como consecuencia del matrimonio uno de los esposos se ha visto obligado a interrumpir su actividad profesional (182); lo que se persigue aquí es que, a través de un período de formación el esposo inactivo reemprenda la actividad profesional suspendida durante el período matrimonial (183).

J.W.: "Facteurs et tendances dans l'evolution moderne du droit de la famille des pays nordiques. Rêves et réalités" en *Famille. Droit et changement...* cit., p. 71.

- (182) GARCIA CANTERO considera que la circunstancia de la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo ha de jugar casi siempre en beneficio de la mujer que sin una cualificación profesional o habiendo renunciado a su ejercicio se ha dedicado plenamente a las labores domésticas y de repente se ve enfrentada con un divorcio acaso no querido. GARCIA CANTERO: op. cit., p. 433.
- (183) El tema de las pensiones alimenticias otorgadas a la mujer como consecuencia de la actividad desarrollada durante el matrimonio según TADEVOS-SIAN, no es tan decisivo como antes; según éste "en otro tiempo cuando la incidencia económica de la mujer no estaba suficientemente desarrollada, ocupándose principalmente de la familia y del ho-

Por último, el parágrafo 1.576 B.G.B., establece la posibilidad por parte del esposo divorciado de solicitar la pensión alimenticia cuando por motivos graves no se le pueda pedir que realice una actividad profesional, de forma que la denegación de la misma resultara manifiestamente injusta (184).

A la vista de estas reflexiones no puede negarse que la circunstancia objeto de examen ha de adquirir una relevancia decisiva en orden a la fijación de la pensión; el Juez no podrá eludir las dificultades que en la sociedad actual conlleva, no sólo la obtención de una cualificación profesional, sino también, y sobre todo, las posibilidades de acceder a un empleo que permita desarrollar dicha cualificación.

gar, dependía más del salario del marido de forma que la obligación alimenticia jugaba un papel muy importante en su existencia. Actualmente la situación ha cambiado mucho; los cambios socio-económicos en la condición femenina, el hecho de que la mujer trabaje igual que el hombre en la economía y tenga los mismos derechos remuneratorios han creado para ellas una condición nueva e independiente en el seno de la familia, lo que ha originado como resultado la atribución de una importancia secundaria a la pensión alimenticia debida por el marido. TADVOSSIAN, V.: La famille, le droit et le developpement social en U.R.S.S. en Famille, Droit et changement social... cit., p. 109; COSTES, M.: "Du droit pour la femme d'obtenir de son mari la remuneration de son travail personnel". Rev. Trim. Dr. Civ. 1939 (pp. 947-963).

(184) Ver p. 100.

D) Dedicación pasada y futura a la familia

Con la inclusión de esta circunstancia en la enumeración del art. 97 el legislador ha pretendido dar un cierto reconocimiento a la actividad desarrollada en el hogar por alguno de los esposos, intentando subsanar, en la medida de lo posible, la situación económica en la que como consecuencia de ella puede quedar, al haberse visto privado de la posibilidad de desarrollar una actividad profesional remunerada y por ende de acumular un capital propio (185). Esta circunstancia está íntimamente ligada con la estudiada en el epígrafe anterior: "la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo".

El legislador al regular los efectos del divorcio no puede olvidar la penosa situación que puede crearse para el cónyuge divorciado que tras un largo pe-

(185) VEGA SALA considera que "esta circunstancia permite tomar en consideración los supuestos de las esposas que han dedicado toda su vida a la familia, no tienen oficio ni beneficio ni profesión ni negocio y que se produce el divorcio cuando tienen 50 años". VEGA SALA: op. cit., p. 183; GARCIA CANTERO opina que el legislador introduce aquí un dato no exclusivamente económico, pues por dedicación hay que entender no sólo la actividad laboral o profesional encaminada a obtener ingresos para hacer frente a las necesidades del hogar sino la atención prestada a la familia en circunstancias excepcionales. GARCIA CANTERO: op. cit., p. 434.

río de vida matrimonial ha estado dedicado por entero al cuidado del hogar; en tal situación, normalmente carecerá de los requisitos de capacidad y aptitud necesarios para iniciar una actividad profesional, o en su caso para reemprender la interrumpida al contraer matrimonio (186).

Durante el período de normalidad de la convivencia, ha existido entre los esposos un intercambio recíproco de aportaciones; en el caso de que sólo uno de los cónyuges desempeñara una actividad profesional lucrativa mientras el otro se dedicara a las tareas del hogar, es probable que habiéndose pactado entre ellos un régimen de tipo comunitario, las ventajas patrimoniales obtenidas por el esposo trabajador satisficieran al cónyuge consagrado al hogar. Ante una tal situación, producida la disolución del matrimonio, el cónyuge dedicado a las actividades domésticas puede verse compensa-

(186) La enmienda nº 394 al Proyecto de Ley del Gobierno presentada por D. Juan M^a Bandrés Molet (Grupo Mixto) al art. 97, proponía una nueva redacción con el texto siguiente: "Las mujeres que durante el matrimonio hayan dedicado al cuidado del hogar y de la familia, no teniendo fuentes propias de ingresos, recibirán una pensión que se fijará teniendo en cuenta: -el convenio de los cónyuges si lo hubiera
-las necesidades de la mujer

..."

do económicamente en cuanto beneficiario de la mitad de los bienes gananciales que por Ley le corresponden.

No quiere decirse con ello, que a través de la liquidación del régimen económico, cuando este sea de tipo comunitario, se elimine definitivamente el desequilibrio económico que la dedicación al hogar puede haber originado en alguno de los esposos, más bien puede decirse que contribuirá a atemperarlo y corregirlo.

Mayor gravedad adquiere el tema cuando entre los cónyuges haya regido el régimen de separación de bienes; aquél que durante el período matrimonial ha consagrado su tiempo al cuidado del hogar y de la familia, va a ver su situación sensiblemente deteriorada, a la extinción del vínculo, debido a la falta de comunicación de los ingresos obtenidos por los esposos durante el matrimonio.

Como medida de protección, el Código prevé -a través del art. 1.438- el derecho, por parte del esposo dedicado a las tareas del hogar, a obtener una compensación, que a falta de acuerdo de los cónyuges, será señalada por el Juez a la extinción del régimen; el trabajo para la casa será, por otra parte, computado como contribución a las cargas familiares.

El hecho de que se prevea expresamente para el régimen de separación esta computación no quiere decir que se excluya para los demás regímenes económicos. Pienso, que tanto en los regímenes separatistas como en los comunitarios, el trabajo del hogar ha de ser considerado como una contribución por parte del esposo que la realiza a las cargas familiares. Lo que ocurre es que, tratándose de sistemas comunitarios, el legislador da por hecho que el esposo que ha contribuido con su aportación personal al sostenimiento del matrimonio ve compensada su actividad en razón del sistema de reparto igualitario previsto al momento de la liquidación. Contrariamente, habiéndose adoptado un sistema separatista, en razón de que al momento de la liquidación no existe entre los cónyuges comunicación de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, el Código quiere tutelar al que se dedicó al hogar; de aquí que haya previsto expresamente el derecho de éste a obtener una compensación (187).

(187) Según LACRUZ, "la compensación representa un jornal, el sueldo de una empleada doméstica, que la mujer -o, en su caso, el marido dedicado a muchacha para todo- puede reclamar aunque su cónyuge no haya obtenido ganancias durante el matrimonio: Habrá de valorarse entonces, el trabajo efectivamente prestado y el contravalor que representa el mantenimiento de la esposa (o el esposo) en el hogar: el nivel de satisfacción de sus necesidades

Antes de seguir adelante conviene fijar la extensión, que en la circunstancia 4ª del art. 97, ha de darse al término "familia". Por "familia, a estos efectos ¿habrá que entender todas aquellas personas ligadas al cónyuge acreedor por vínculos de sangre o por el contrario deberá restringirse exclusivamente a su cónyuge e hijos?.

RODRIGUEZ DE VICENTE (188) parece decantarse por la primera postura al afirmar que "si producida la separación o el divorcio uno de los cónyuges tiene que cuidar a ascendientes o descendientes que por su edad, incapacidad física o mental u otras circunstancias requieren atenciones especiales, esta situación produce

y atenciones personales, espectáculos y esparcimiento, vestido, viajes y vacaciones, vehículos, etc., todo lo cual en las familias acomodadas puede rebajar del todo o en gran parte las pretensiones que la esposa, que además tiene quien le ayude en las faenas domésticas, mientras en las no acomodadas (en las que será muy raro el régimen de separación inicial) puede ocurrir (por definición) que el matrimonio se disuelva sin bienes, aunque si la disolución es por divorcio siempre cabría gravar al marido con la deuda correspondiente, a pagar con sus ingresos futuros "LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Elementos de Derecho Civil". Derecho de Familia, conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, por LACRUZ-SANCHO, iv. Edit. Bosch. Barcelona, 1982, p. 526.

(188) RODRIGUEZ DE VICENTE Y TUTOR: op. cit., p. 358.

en la persona que realiza tales cuidados una imposibilidad o al menos una rémora para el ejercicio de otras actividades, lo que indudablemente ha de tenerse en cuenta por el órgano jurisdiccional a la hora de fijar la pensión".

Distinta es la postura sostenida por FOSAR (189); en su opinión, "la circunstancia objeto de examen pretende equilibrar la situación económica de aquél de los cónyuges que más se ha dedicado a la familia, entendiéndose por ésta, la que legalmente está dedicada a su cargo: hijos menores de edad o mayores incapacitados. otra extensión desmesurada de la palabra provocaría resultados injustos: por ejemplo la dedicación de un cónyuge a su propia familia de orientación -padres y hermanos- en detrimento de la dedicación a su propia promoción profesional, no debe ser considerada como circunstancia relevante para atribuir derecho a pensión".

En mi opinión la solución correcta ha de ir encaminada en el sentido de restringir el significado de la palabra "familia"; entendiéndose por tal, dentro del contexto del artículo 97, el núcleo formado por los cón-

(189) FOSAR BENLLOCH: op. cit., p. 413.

yuges y los hijos dejando al margen los demás parientes unidos a aquellos por lazos de sangre.

El Código cuando regula los efectos del divorcio no se refiere en ningún precepto a otras personas que no sean los cónyuges y los hijos; este dato, unido al hecho de que para la determinación de la pensión no parece que sea conveniente tomar en consideración la ayuda recibida por la familia de sangre de los esposos y, por tanto, tampoco puede adquirir trascendencia, a estos efectos, el esfuerzo que cualquiera de ellos haya realizado en beneficio de estos parientes, nos lleva a la solución apuntada en el párrafo anterior. Esta ayuda implica una actitud de solidaridad y generosidad entre consanguíneos que para nada ha de tenerse en cuenta en la determinación de la pensión (190).

Acerca del fundamento que guía la circunstancia de la "dedicación pasada y futura a la familia", hay que hacer constar que si bien impregnada de un marcado carácter compensatorio, no es dicha dedicación en sí misma la que lo determina. Son las consecuencias que se derivan de la dedicación y de la actividad prestada por

(190) Vid. p. 42.

uno de los esposos a la familia, las que al materializarse en la pérdida de expectativas económicas hacen surgir el derecho a una pensión a favor del cónyuge que la ha prestado. Son, en definitiva, las secuelas de esta dedicación las que configuran el carácter compensatorio de esta circunstancia.

De esta forma cuando como consecuencia de la gestión doméstica no se derive para el cónyuge que la ha llevado a cabo ningún resultado perjudicial para su posterior desarrollo profesional, habiéndole permitido durante el período matrimonial acumular un capital propio, tal circunstancia carecerá de trascendencia a la hora de fijar la pensión. Si durante el matrimonio al esposo que se ha dedicado al hogar le ha sido posible adquirir una formación y una cualificación e incluso ha tenido la oportunidad de desempeñar una actividad laboral remunerada, el desequilibrio económico que esta dedicación le va a ocasionar al extinguirse el vínculo conyugal va a ser reducido o nulo; consiguientemente la pensión podrá verse disminuida en su cuantía o incluso suprimida.

No obstante, teniendo en cuenta que en la mayor parte de los casos la dedicación a las tareas domésticas va a impedir al esposo que la realiza, sino la imposibilidad absoluta para desempeñar un trabajo, si el

desarrollo completo de su capacidad y aptitud profesional, esta circunstancia va a jugar un importante papel en materia de pensión (191).

En los casos en que la dedicación a la familia haya sustituido a un trabajo que se desempeñaba al contraer matrimonio e impida con posterioridad al mismo el acceso efectivo a un empleo, dicen LASARTE Y VALPUESTA (192), que, en estos casos "se ha de tener en cuenta esta remuneración dejada de percibir o no percibida para fijar la posible trascendencia económica del cuidado de la familia a efectos de la pensión".

(191) LOPEZ ALARCON comentando esta circunstancia dice "que atiende principalmente al supuesto de la esposa que se ha dedicado exclusivamente al cuidado del esposo y de los hijos, absorbida por las tareas domésticas, lo que le ha hecho descuidar su posible mantenimiento de aptitud laboral y profesional fuera del hogar y las relaciones de esta naturaleza que le habrían permitido una pronta reinserción profesional" LOPEZ ALARCON: op. cit., p. 358; para VAZQUEZ IRUZUBIETA la pensión del art. 97 "pretende solucionar el problema del cónyuge que por dedicar su atención a los problemas de índole familiar se ha limitado a ser tributario del producto patrimonial obtenido por el otro cónyuge de modo exclusivo o con acentuada preeminencia. Así pues, si el cónyuge que pretende la pensión no ha tributado beneficios patrimoniales al régimen de la sociedad conyugal ni a cambio de ello ha dedicado atención pasada ni pretende hacerlo en el futuro la familia verá reducida su pensión e incluso su pretensión a ella. VAZQUEZ IRUZUBIETA: op. cit., p. 427.

(192) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 759.

La importancia de esta circunstancia no se basa exclusivamente en la pérdida de expectativas económicas que puede llevar aparejada, sino que radica también en la aportación patrimonial que la gestión doméstica puede suponer. El esposo que se dedica a las tareas del hogar velando por la buena dirección de la familia y cuidando la gestión y administración del caudal destinado al sostenimiento del hogar, está aportando una actividad de trabajo importante a efectos de acumular un patrimonio o masa común durante el matrimonio; con esta actividad dirigida al fin exclusivo del bienestar familiar, se reduce notablemente el gasto necesario para el sostenimiento de la casa, haciendo posible la formación de un mayor patrimonio familiar (193).

(193) Según SCARDULLA "no puede dudarse de que la dedicación y cuidado exclusivo de la mujer a la dirección de la casa tiene una relevancia espiritual notable respecto a los hijos, pero también tiene una determinada relevancia económica no sólo por la contribución de trabajo que la mujer en tal modo aporta a la familia sino también porque ésta con su actividad directa encaminada al bienestar de la familia reduce notablemente el gasto necesario para la dirección del hogar y hacer posible la formación de aquél patrimonio que caracteriza a la familia media" SCARDULLA: op. cit., p. 84. A decir de PERILLO "una buena organización de la economía doméstica puede constituir una aportación positiva a la formación del patrimonio familiar, no menos eficiente a veces, que el ejercicio de una actividad de por sí productiva de riqueza" PERILLO: loc. cit., p. 569. En el mismo sentido: DAGNINO: op. cit., p. 176; COCCIA CIALDINI: op.

Esta connotación patrimonial de la actividad desempeñada en el hogar fue puesta de relieve en el Ordenamiento italiano.

El art. 5 párrafo 4º de la Ley de Divorcio italiana de 1 de diciembre de 1970 establece que "...En la determinación de la pensión, el Juez tomará en consideración la contribución personal y económica dada por

cit., pp. 52 ss. GRANELLI, C.: "Assegno al coniuge divorziato e secundae nuptiae del beneficiario". Riv. Dir. e Proc. Civ. 1976, p. 43; AUTOTINO STANZIONE: op. cit., p. 311. PERILLO, al margen de su opinión señala cómo parte de la doctrina y de la Jurisprudencia son de distinta opinión; consideran que sólo ha de tener relevancia a estos efectos las contribuciones efectivas que son susceptibles de valoración económica. En la práctica -según éste- se vienen teniendo en cuenta sólo aquellas contribuciones de signo positivo que se traducen en ventajas sea del nivel de vida de la familia, sea del patrimonio. En una palabra se trata de contribuciones tales que dan poder para ser compensadas en el momento de la disolución del matrimonio". PERILLO: loc. cit., p. 569. Es significativa la Sent. de Cass. nº 3081 de 22 gennaio 1978 según la cual: "no se puede determinar el presupuesto necesario para la aplicación del criterio compensatorio a los fines de la determinación de la pensión, en el hecho de realizar un cónyuge determinadas labores domésticas y haber contribuido al levantamiento y a la educación de los hijos ya que tal actividad, que podría tener relevancia en el aspecto ético de la contribución, supone sólomente el desarrollo de los normales y elementales deberes y no integra en sí ni por sí particulares sacrificios donde nada se ha puesto en evidencia acerca de la subsistencia de una contribución apreciable del cónyuge bajo el aspecto económico. Citada en PERILLO: loc. cit., p. 570.

cada uno de los esposos a la dirección familiar y a la formación del patrimonio común...". La doctrina coincide en afirmar que la contribución económica compensable no ha de reunir simultáneamente los dos requisitos de ser económica y personal, sino que basta con que tenga una de estas notas (194).

GRASSI (195) afirma que "por contribución personal se debe entender la aportación intelectual y material que cada uno de los cónyuges puede haber dado según su cualidad de marido o mujer a la gestión de la vida familiar; así, el gobierno de la casa, la atención a los hijos, el cuidado de la administración; en definitiva la asistencia o atención dedicada por cada uno de los cónyuges a su familia". En su opinión, "en tales categorías debe integrarse la contribución de la mujer como 'ama de casa' la cual no ha prestado su aportación económica en el sentido de integración pecuniaria a la ba-

(194) En palabras de DI LALLA "el Juez deberá tener en cuenta la aportación efectiva y concreta que cada uno de los esposos haya realizado para la buena dirección del núcleo familiar y valorar el resultado sea bajo el perfil ético y personal (educación de los hijos, cuidado de la casa...) sea bajo el perfil patrimonial (formación de capital a través de rentas de trabajo, de inversiones, etc...) DI LALLA: loc. cit., p. 1.720.

(195) GRASSI: op. cit., p. 94.

lanza familiar, pero con su asistencia, su cuidado y su tiempo destinado a la prosperidad de la familia ha realizado una aportación considerable de economía y de mayor bienestar y prosperidad".

Nuestro Código civil está atribuyendo implícitamente un contenido económico a la dedicación de uno de los esposos al hogar, a través del mencionado art. 1.438. La principal dificultad surge a la hora de medir y valorar esta gestión doméstica y ver cuál es la incidencia que ha de tener en la fijación de la pensión (196).

(196) Adquiere gran importancia en el tema de la valoración del trabajo doméstico la Sentencia del Tribunal de Génova de 22 gennaio de 1969 Bocca contra Natale. "La señora Natale, al igual que otras mujeres, aportaba a la economía familiar una importante contribución mediante el cuidado de la casa, contribución que seguramente es superior a la realizada por una persona trabajadora con horario de trabajo limitado, con derecho a vacaciones y fiestas y que puede ser considerado también superior al gasto de mantenimiento de una mujer. La circunstancia de que tal contribución no venga generalmente cuantificada por los esposos en una determinada suma de dinero durante la convivencia conyugal no excluye que esto deba encontrar reconocimiento por parte del Ordenamiento de conformidad con el principio establecido por el art. 35 de la Constitución según el cual "la República tutela el trabajo en todas sus formas de aplicación" (y así pues no solamente cuando adopta la forma de trabajo subordinado); aparece contrario a tal principio el hecho de que después de un largo período de convivencia conyugal durante el cual la

LASARTE Y VALPUESTA (197) consideran que "a falta de un criterio general, dado que se está ante una actividad no susceptible en principio de apreciación económica en toda su integridad, se debe poner en relación con la fortuna del obligado al pago de la pensión y apreciar en qué medida la labor desarrollada en el se-

mujer desarrolla la no fácil tarea doméstica permitiendo al marido dedicarse con tranquilidad y sin preocupaciones a una actividad productiva suficiente para mantener a ambos cónyuges y para adquirir los bienes necesarios para la vida familiar (muebles y otros objetos para la casa, vestido, vivienda) ella pueda venir excluida de tales bienes (salvo aquellos que resultan personalmente adquiridos con su dinero o en virtud de herencia o donación) que ha considerado durante la convivencia conyugal como propiedad común. Por otra parte, en la costumbre social es usual considerar los bienes de uso familiar adquiridos constante el matrimonio como bienes pertenecientes a ambos cónyuges y tal consideración encuentra afirmación en la tendencia a inscribir alguno de ellos (apartamento, coche...) a nombre de la mujer o de ambos cónyuges. En esta Sentencia, el Sr. Bocca había inscrito el apartamento, adquirido después de ocho años de matrimonio, a nombre suyo y de la mujer, no constando que lo efectuara con el fin de realizar una donación en favor de aquella (en tal caso probablemente lo habría inscrito solamente a nombre de ella) sino más bien, en cuanto reconocía que el dinero empleado en la adquisición constituía el producto de la actividad de ambos, dado que había sido formado por los útiles de la empresa de la que ambos eran titulares y en la cual ambos habían prestado su actividad laboral, la del provecho obtenido mediante el ejercicio de la actividad laboral por parte de uno y del cumplimiento de las tareas domésticas por parte de la otra. Sent. Tribunal Genova 22 gennaio 1969 inédita; desarrollada en SCARDULLA: op. cit., p. 94 nota 24.

(197) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 758.

no de la familia ha contribuido a la obtención de los recursos que integran su patrimonio actual".

Sin duda esta solución es acertada, en la medida en que el art. 97 obliga a comparar las posiciones de ambos cónyuges, deudor y acreedor de la pensión. No obstante, la dificultad de valorar la incidencia que la labor doméstica de uno de los esposos ha tenido en la formación de la posición económica del otro es una tarea difícil.

En la práctica, el Juez para valorar económicamente la dedicación prestada a la familia, atenderá a las posiciones respectivas de los cónyuges independientemente de la aportación real que para uno de ellos haya supuesto en su posición económica la contribución prestada por el otro. Con ello no quiero decir que ésta sea la forma correcta de valoración, sino que en la práctica debido a la imposibilidad material que en muchos casos supondría el "tasar" dicha dedicación, al Juez no le quedará otra solución que la comparación objetiva de los patrimonios.

Distinto sería el caso en que entre los cónyuges hubiera existido durante el matrimonio u a colaboración de tipo profesional; en tales casos al Juez le sería más fácil valorar económicamente la aportación pres

tada por el esposo no titular de la actividad profesional -que no ha obtenido ningún beneficio de su colaboración-, al cónyuge titular de la misma que se ha enriquecido y ha configurado un patrimonio a consta de la contribución del primero. Esta circunstancia será objeto de estudio en el apartado siguiente.

Al margen de esto, otro dato importante que el Tribunal deberá tomar en consideración al objeto de valorar la dedicación pasada a la familia es el de la duración del matrimonio. En los supuestos en los que éste haya tenido una corta duración, no podrá dudarse que dicha dedicación ha sido más limitada que en aquéllos en que la convivencia conyugal se haya prolongado durante un gran número de años (198).

Las observaciones que hasta el momento he apuntado competen a la primera parte de la circunstancia que venimos examinando; esto es, a la "dedicación pasada a la familia". No obstante, el contenido de la circunstancia 4ª del art. 97 no se agota en dicha dedicación sino que habrá que tomarse en consideración la que

(198) Ver DAGNINO: loc. cit., p. 176; COCCIA-CIALDINI: op. cit., p. 52.

en el futuro estará obligado a prestar alguno de los esposos fundamentalmente para el cuidado de los hijos.

Un reconocimiento legal de esta dedicación futura la encontramos en el artículo 103 nº 3 párrafo 2º C.c. A través de él, una vez admitida la demanda de nulidad, separación y divorcio, el Juez al fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas familiares, podrá considerar como tales el trabajo que uno de ellos dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad.

LASARTE Y VALPUESTA (199) distinguen, en relación con la dedicación futura, dos supuestos:

1º. Que el esposo acreedor esté dedicado exclusivamente a la familia, ya por requerirlo las propias circunstancias familiares (número de hijos), ya por la imposibilidad de acceder a un empleo.

2º. Que el cónyuge acreedor de la pensión cuente con un puesto de trabajo compatible

(199) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 760.

con la dedicación futura a la familia.

Es evidente, que dependiendo de uno u otro supuesto el montante de la pensión variará. Conforme al primero, el Juez, en base al carácter exclusivo de la dedicación que habrá de prestarse, fijará una cuantía elevada tendente a suplir, en la medida de lo posible, la imposibilidad de desempeñar una actividad profesional que le permita obtener ingresos propios; de forma distinta, el montante de la prestación será inferior cuando no siendo absoluta la imposibilidad de desempeñar un trabajo remunerado, el cónyuge haya de compatibilizar esta actividad profesional con la dedicación a la familia. La pensión en este caso irá dirigida a suplir y completar los ingresos dejados de percibir como consecuencia de dicha dedicación.

E) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles industriales o profesionales del otro cónyuge

Esta circunstancia no aparecía inicialmente recogida en el Proyecto del Gobierno, siendo introducida por el Informe de la Ponencia ocupando el quinto lugar.

Para fijar con precisión la trascendencia que en materia de pensión va a adquirir la colaboración

prestada por uno de los esposos con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, es necesario delimitar lo que ha de entenderse por "colaboración".

De la redacción del Código se deduce que para que dicha contribución opere a efectos de la pensión del art. 97, es necesario que reúna unos requisitos marcados por la propia Ley:

1º. Ha de tratarse de una prestación de trabajo (200).

2º. Ha de ir dirigida al desarrollo de una actividad mercantil, industrial o profesional realizada por su cónyuge.

Por lo que afecta a la primera condición -que la colaboración se realice a través de una prestación de trabajo- cabría preguntarse, si tal exigencia excluye la posibilidad de que aquella se preste a través de otra actividad. Por ejemplo, trayendo a colación un ejemplo previsto por LINDON Y BERTIN (201), en el caso de que

(200) Ver BARBIERA: "Divorzio..." op. cit., p. 145.

(201) LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 67.

uno de los esposos ejerciera una profesión liberal y el otro, como consecuencia de su intensa vida social, atrajera al despacho de su marido un gran número de clientes aumentando considerablemente sus ingresos ¿podría considerarse tal actividad como colaboración en la actividad profesional de su cónyuge?.

La respuesta, en mi opinión, dependerá de la intención de las partes; si entre los cónyuges ha existido un acuerdo expreso en virtud del cual uno de ellos se obliga a desarrollar la actividad material de trabajo mientras el otro se encarga de conseguir los medios necesarios para la obtención de un mejor resultado, pienso que nada impide que tal actividad tenga cabida dentro de la circunstancia 5ª del art. 97. Si, contrariamente la actitud de la esposa no va dirigida a estos fines, aún en el caso de que como consecuencia de ella su cónyuge obtenga mejores resultados profesionales, no podrá ser considerado tal comportamiento como "colaboración en el trabajo del otro esposo". De aquí se desprende una de las condiciones necesarias para que la actividad prestada por uno de los esposos alcance la categoría de "colaboración": que vaya dirigida expresamente a la obtención de un mayor rendimiento profesional de la actividad desarrollada por el titular de la misma y en consecuencia de unos mayores ingresos.

Además de ésta, otras notas que ha de reunir la "colaboración" son las de "gratuidad" y "periodicidad".

Respecto al carácter "no remunerado" que ha de suponer la colaboración, cabe decir que, en principio, tal y como afirma ROCA TRIAS (202) "el legislador parte de la base de que estas colaboraciones no tienen, durante la convivencia normal del matrimonio, una contrapartida económica en forma de salario, participación en los beneficios, etc...". Si no fuera así estaríamos ante un simple contrato de trabajo que para nada incidiría en la fijación de la pensión.

La nota de "periodicidad" considero que es decisiva para fijar el concepto de "colaboración"; el simple ejercicio esporádico y aislado de determinadas actividades que en un momento dado puedan favorecer al otro esposo no puede alcanzar el grado de colaboración susceptible de posible compensación a través de la pensión del art. 97.

Por otra parte, a diferencia de la circunstan-

(202) ROCA TRIAS: "El Convenio Regulador..." op. cit., p. 237.

cia analizada en el epígrafe anterior: "la dedicación pasada y futura a la familia", "la colaboración de un cónyuge en las actividades profesionales, mercantiles e industriales del otro cónyuge" constituye una circunstancia de más fácil valoración económica (203).

Lo dicho se aprecia con mayor claridad en los casos en que tal colaboración haya sido prestada a través de una actividad profesional concreta; así por ejemplo, LOPEZ ALARCON (204) se refiere a "la colaboración prestada por la esposa como auxiliar de clínica o como mecanógrafa de un despacho"; GARCIA CANTERO (205) alude

(203) En el mismo sentido GARCIA CANTERO: op.cit., p. 435; en sentido contrario FOSAR BENLLOCH opina que "resulta difícil de valorar económicamente en razón de la no periodicidad ni retribución asignada a la misma en el marco genérico e inembargable del "socorro mutuo" que previene el art. 68 C.c. Sin embargo el Juez debe esforzarse en valorar este trabajo y esa valoración traerla al cuadro contable del esposo acreedor, sin dejar de tener en cuenta que quizá el mismo esté compensado por el trabajo idéntico de su otro cónyuge y por los resultados satisfactorios desde el punto de vista económico de la liquidación en la comunidad conyugal, que tal vez arroje un superávit o ganancia gracias al esfuerzo de ambos cónyuges. Este superávit, liquidado por mitad entre ambos cónyuges impide valorar en más ese trabajo o colaboración cuando ya ha sido remunerado, a veces con creces, con los resultados de la liquidación del régimen conyugal. FOSAR BENLLOCH: op. cit., p. 414.

(204) LOPEZ ALARCON: op. cit., p. 358.

(205) GARCIA CANTERO: op. cit., p. 435.

a la posibilidad de colaborar como pasante o como secretaria. Las posibilidades en este sentido son muy variadas, de forma que cuando la colaboración venga materializada a través de una prestación de trabajo concreta, su valoración económica puede realizarse en base a los salarios percibidos por la realización de tales actividades dentro del mercado del trabajo.

Una última consideración en torno a la noción de "colaboración" a que hace referencia la circunstancia 5ª del art. 97 nos lleva a trazar los límites de ésta con el deber de "ayuda mutua" contemplado en el art. 67 C.c.; ¿cuál es el límite que determina cuándo la actividad prestada por uno de los esposos en beneficio del otro queda enmarcada dentro del cuadro de los deberes personales del matrimonio y en concreto del deber de "ayuda mutua" previsto en el art. 67 C.c. y cuándo -saliendo de esta esfera- pasa a ser considerada como una colaboración susceptible de posible compensación a través de la pensión?

No existe un límite claro que nos lleve a delimitar con exactitud ambas figuras, pues como dice LACRUZ (206), "la obligación de ayuda mutua supondría la

(206) LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Comentario al art. 68 C.c."

colaboración en las incumbencias personales del otro cónyuge como sus negocios o profesión o sus aficiones y hobbies" (207). No obstante, un criterio que podría servirnos a tal fin es el del "enriquecimiento injusto"; es decir, en los casos en que como consecuencia de la ayuda prestada por uno de los esposos al otro se haya derivado para éste un enriquecimiento notable y un empobrecimiento o detrimento en la posición económica de aquél, nos encontramos ante un supuesto de "colaboración², capaz de ser objeto de compensación a la disolución del vínculo matrimonial. De forma distinta cuando la ayuda prestada redunde en provecho de ambos esposos o incluso en beneficio de uno de ellos sin que ello suponga una descompensación en sus posiciones económicas, podemos hablar de colaboración prestada dentro de la esfera del deber de "ayuda mutua" contemplado en el art. 67 C.c.; es el exceso de "ayuda", en cuanto generador

en "Comentarios al Nuevo Título IV del Libro I C. c. coordinados por LACRUZ BERDEJO. Edit. Civitas. Madrid, 1982, p. 392.

- (207) En la doctrina extranjera, la regla se traduce en la obligación de cada esposo de asistir al otro en su negocio o profesión colaborando con él en la medida que exigen las circunstancias personales familiares y económicas de la familia; se plantea entonces el problema de cuáles sean las consecuencias económicas de una colaboración que excediera de la normal y exigible. SANCHO REBULLIDA: "Elementos..." op. cit., p. 185.

de un enriquecimiento para el esposo titular de la actividad profesional, y un correlativo perjuicio para el colaborador, el que habrá de adquirir relevancia para la fijación de la pensión.

En páginas anteriores (208) vimos cómo el legislador francés recoge esta colaboración como un supuesto condicionante -junto con la prolongada duración del matrimonio- para la tribución de la "indemnización excepcional", en los casos en que el esposo por cuya culpa exclusiva haya sido dictado el divorcio se vea privado de la correspondiente "prestación compensatoria" (209).

Se trata -como dice BENABENT (210)- de una hipótesis según la cual, el esposo culpable ha participado

(208) Ver p. 74 y ss.

(209) Dice el art. 280-1 del Code: "El esposo por cuya culpa exclusiva haya sido pronunciado el divorcio no tiene derecho a ninguna prestación compensatoria. Sin embargo puede obtener una indemnización a título excepcional si teniendo en cuenta la duración de la vida común y la colaboración aportada a la profesión del otro esposo aparece manifiestamente contrario a la equidad rehusarle toda compensación pecuniaria después del divorcio".

(210) BENABENT: op. cit., p. 257.

durante el período de vida en común en la profesión del otro esposo. Esta colaboración ha podido aprovechar a este cónyuge; en su opinión, este supuesto está pensando particularmente en la mujer que ha participado gratuitamente en la profesión comercial o liberal de su marido y habiendo sido dictado el divorcio por su culpa exclusiva, se ve privado de sus derechos a prestación compensatoria. Puede aparecer en estos casos como contrario a la equidad, el hecho de que su colaboración no origine ninguna indemnización cuando con ella ha enriquecido a su cónyuge. El fundamento de esta disposición hay que buscarlo en el deseo por parte del legislador de evitar toda suerte de enriquecimiento injusto a favor del esposo que, no habiendo intervenido en el divorcio con su culpa, se ha beneficiado del trabajo del cónyuge culpable (211).

(211) En el curso de los trabajos preparatorios de la ley, el Ministro de Justicia (Déb. A.N. 28 mai 1975, J.O. Déb. A.N. p. 3.301) mencionó el caso de un esposo que había cometido una falta justificante del pronunciamiento del divorcio por su culpa exclusiva, pero que, durante largos años, había aportado una colaboración no retribuida a su cónyuge en el ejercicio de su profesión o de su comercio y había, consecuentemente cooperado a mejorar la situación profesional de este último. VOULET, J.: "Toutes les questions pratiques sur le divorce et la separation de corps". Collection française. Editions J. Delmas et C^o. París, 1981, p. 4.

Me parece acertada como ya expresé en páginas anteriores (212)- la solución ofrecida por LINDON Y BERTIN (213), según la cual "la demanda de uno de los cónyuges pretendiendo la indemnización excepcional, en virtud de esta colaboración, sólo sería fundada en los supuestos en los que el otro haya empleado el acrecimiento de los recursos y ganancias que la colaboración de su cónyuge le haya proporcionado para su uso exclusivo" (214).

Al igual que en el resto de las circunstancias analizadas, el régimen económico que haya estado vigente durante el matrimonio va a jugar un papel decisivo a la hora de apreciar la colaboración prestada por uno de los esposos a la actividad profesional del otro.

Cuando los ingresos obtenidos por los cónyuges

(212) Ver p. 77.

(213) LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 67.

(214) La enmienda nº 132 presentada por el Grupo Comunista, al Proyecto del Gobierno, propugnaba añadir un nuevo artículo -art. 101 ter.- con el siguiente texto: Art. 101 ter. "La sentencia de nulidad o divorcio, a solicitud de uno de los cónyuges, podrá concederle una indemnización si se acredita que el solicitante colaboró con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge".

durante el matrimonio en virtud de la colaboración prestada por uno de ellos, pasan a integrar -al igual que los derivados de la actividad principal- la masa común, no puede hablarse de un enriquecimiento injusto por parte de ninguno de los cónyuges. Si los frutos obtenidos por el trabajo de ambos esposos -titular de la actividad principal y colaborador- han sido disfrutados durante el matrimonio o bien, disuelto éste, a través de la liquidación del régimen económico cuando éste fuera de tipo comunitario, la colaboración aportada llevaría como contraprestación económica la atribución por mitad de los bienes gananciales (215).

Como en la mayor parte de los casos, los problemas surgen cuando el régimen que ha guiado el matrimonio ha sido el de separación; debido a la ausencia de comunicación en los patrimonios conyugales, habiendo existido colaboración desinteresada por parte de uno de

(215) Para VALLADARES esta circunstancia sólo habrá de ser tenida en cuenta fundamentalmente cuando el régimen del matrimonio no haya sido el de gananciales o el de participación. En caso contrario la colaboración se verá compensada, en la mayor parte de los casos a través de régimen económico conyugal al adquirir bien su parte de gananciales, bien su participación en las ganancias. VALLADARES: op. cit., p. 428.

los esposos en la actividad del otro, y contribuyendo la misma a engrosar el patrimonio del esposo titular, el colaborador, al no obtener ventaja alguna con la liquidación del régimen económico, exigirá a la disolución del matrimonio una contraprestación por su trabajo. Es principalmente en estos casos cuando, tanto la indemnización excepcional como la pensión regulada en el art. 97 de nuestro Código, adquieren un especial significado en cuanto elemento corrector de estas situaciones (216).

LASARTE Y VALPUESTA (217), comentando esta

(216) En el Derecho italiano veíamos como el art. 5 párrafo 4º hace referencia a la contribución personal y económica de los esposos como dato de fijación del "assegno"; GRASSI considera que por "contribución económica a las cargas familiares" debe entenderse no sólo la aportación pecuniaria que cada uno de los cónyuges pueda haber aportado con sus rentas de trabajo o con su patrimonio, sino también la propia colaboración a la actividad comercial, artesana y también económica desarrollada por el otro cónyuge. El precepto habla también de "contribución a la formación de los patrimonios de ambos"; acerca de este supuesto opina que "la norma debe ser aplicable no sólo cuando los cónyuges aparecen como titulares ambos de bienes patrimoniales, sino también cuando sea uno de ellos el que presente tal título o cualidad, muchas veces obtenido como consecuencia del trabajo y colaboración de ambos a la realización y formación de la economía familiar y sólo es uno de los cónyuges e. que se presenta como provisto de bienes propios "GRASSI: op. cit., pp. 194-195.

(217) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 761.

circunstancia, distinguen dos supuestos: 1º) que únicamente se haya hecho efectiva una colaboración profesional, mercantil o laboral durante el matrimonio; 2º) que los esposos hayan constituido o creado una empresa o centro de actividad profesional que queda a partir de la separación o el divorcio a cargo de uno de los esposos beneficiándose de ello en el futuro.

En el primer supuesto, para apreciar si ha existido un enriquecimiento injusto a favor del esposo al que se le ha prestado la colaboración, acuden al régimen económico vigente durante el matrimonio; la solución será distinta -como ya hemos visto- dependiendo de que el régimen haya sido de tipo comunitario o separatista (218).

(218) No obstante consideran LASARTE Y VALPUESTA que aún a pesar de que el régimen atempere en buena medida la colaboración prestada, no debe prescindirse de la valoración de una serie de circunstancias muy conexas al hecho de que se haya colaborado con el otro cónyuge como podrían ser el abandono de un puesto de trabajo para hacer efectiva esa colaboración y las posibilidades de reintegración en el mismo. Tales circunstancias han de ser apreciadas de forma muy diversa a aquellos casos en los que la colaboración, iniciada durante el matrimonio, no vino a sustituir ninguna otra actividad laboral, profesional o mercantil, o esta colaboración supuso una experiencia o aprendizaje de una profesión o trabajo de cuyo conocimiento o actitud se carecía con anterioridad. LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 761.

Respecto a la segunda hipótesis: "constitución o creación de una empresa o centro de actividad profesional", consideran que en este caso el enriquecimiento injusto no sólo se podría producir por esa colaboración prestada y no satisfecha, sino también por el hecho de que no se le participe de los beneficios futuros de algo a cuya creación contribuyó el cónyuge acreedor (219).

En conexión con este tema, PUNZI NICOLO se plantea el caso de que los dos cónyuges respecto a los cuales se dicta el divorcio, sean socios en el ejercicio de una empresa; distingue dos posibilidades: 1ª) que la sociedad esté compuesta exclusivamente por el marido y por la mujer; 2ª) que aparte de ellos, forme la sociedad una tercera persona (220).

La sociedad constituida por los cónyuges puede ser de cualquier tipo, pero siempre de base personal, y el fin social podrá dirigirse indiferentemente al ejercicio de una actividad comercial o bien al desarro-

(219) LASARTE Y VALPUESTA: ult. op. cit., p. 762.

(220) Pre.lisa el autor que no entrará dentro de: tema aquellas sociedades ocasionales o ficticias constituidas para fines meramente fiscales y exclusivamente para el goce de uno o más bienes sin que persigan una efectiva actividad empresarial PUNZI NICOLO: loc. cit., p. 82.

llo de una empresa agrícola; la única condición que exige es la de ser una sociedad verdadera que cumpla los requisitos sustanciales y formales impuestos por la Ley (221).

Dándose este supuesto, es decir, existiendo entre los cónyuges un verdadero vínculo social a través del correspondiente otorgamiento de capitales y el ejercicio en común de una actividad lucrativa con carácter de proporcionalidad, la cualidad de cónyuge no operará como presupuesto de la de socio, por lo que disuelto el matrimonio, la sociedad de por sí no se disuelve.

Podría, en ciertos casos producirse, como consecuencia del divorcio, la imposibilidad de realizar el objeto social; sigue diciendo PUNZI NICOLO que en una sociedad que tenga dos miembros solamente, el objeto social puede devenir irrealizable debido a que el funcionamiento de la sociedad queda imposibilitado por particulares situaciones de los socios; así, por ejemplo, por divergencias personales entre aquellos que deberían colaborar en un plano de reciprocidad y confianza. El divorcio en estos casos, si bien no incide en sí mismo en

(221) Vid. PUNZI NICOLO: loc. cit., p. 82.

la existencia de la sociedad, puede operar en el sentido de configurarse como justa causa para que uno de los socios ex-cónyuge renuncie a ella (222). Así, en su opinión, se preveen consecuencias patrimoniales distintas según que la disolución de la sociedad haya tenido lugar por imposibilidad de realizar el objeto social o que la extinción tenga como causa la renuncia voluntaria de uno de los socios.

En el primer caso se procederá a la liquidación del patrimonio social conforme a las normas generales previstas en los arts. 2.272 a 2.283 del Código Civil italiano; verificándose la disolución por renuncia de un solo socio, el renunciante -según prevé el art. 2.289- "tendrá derecho a una suma de dinero que represente el valor de la cuota" (223).

Teniendo esto en cuenta y admitiendo que la disolución del matrimonio no lleva aparejada automáticamente la extinción de la sociedad ni excluye a los ex-cónyuges de seguir manteniendo su condición de socios,

(222) El art. 2.285 párrafo 2º del Código civil italiano contempla la posibilidad de renuncia a la sociedad cuando concorra justa causa.

(223) PUNZI NICOLO: loc. cit., p. 83.

no cabe duda de que la posibilidad planteada por LASARTE Y VALPUESTA (294), de ser uno de los esposos el que quede a cargo de la empresa, no deja de ser un supuesto excepcional (225).

No obstante, a pesar de este carácter excepcional, en la práctica debido a que no en todos los casos de divorcio las relaciones de los ex-cónyuges son amigables, la hipótesis planteada puede convertirse en normal.

Dándose esta situación, la cuestión que nos planteamos es: ¿qué sucede con los beneficios futuros que el esposo colaborador va a dejar de percibir en el

(224) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 761.

(225) En relación con la posibilidad de constituir una sociedad conyugal ver GIRON TENA, J.: "Derecho de Sociedades". Tom. I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias. Madrid, 1976, pp. 193 ss.

Cobra también importancia la discusión planteada por la doctrina acerca de si es posible la sociedad constituida por un sólo socio; ver en este punto: APARICIO RAMOS, J.: "Para un estudio de la sociedad unipersonal". Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico 1961-1962 en el Paraninfo de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 1961; GRISOLI, A.: "Las sociedades de un sólo socio". Análisis de los datos de un estudio de Derecho Comparado. Traducido por A. González Iborra. Edt. R.D.P. editoriales de Derecho Reunidas. Jaén, 1976, VASSEUR, M.: "Le problème des sociétés entre époux". Librairie Sirey. Paris, 1960.

futuro? ¿adquirirá en base a dicha colaboración un derecho a obtener una compensación por las expectativas futuras dejadas de percibir?.

La respuesta dependerá en gran medida del carácter de bien privativo o ganancial que haya obstentado la empresa, así como también del régimen económico adoptado por los esposos durante el matrimonio (226).

(226) Según LOPEZ SANCHEZ, de los art. 1.346 nº 8 y 1.347 nº 5 redactados conforme a la Ley de 13 de mayo de 1981 se desprende que la empresa es concebida por el legislador con un carácter privativo o ganancial. Tendrá carácter privativo cuando concurren en ella las circunstancias que confieren esa condición y que detallan los arts. 1.346 y concordantes del C.c. y ganancial en los casos en que concurren alguno de los supuestos del art. 1.347 y concordantes; en particular, el previsto en el nº 5 de este precepto. Por "empresa", a estos efectos, entiende toda unidad económica de producción; toda organización de capital y trabajo con fines de producir y/o mediar en el mercado de bienes y servicios. Comprende por tanto las explotaciones industriales, ganaderas, agrícolas, etc... LOPEZ SANCHEZ, M.A.: "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-1981". R.J.C. nº 3, 1983, p. 589. Dice el art. 1.346: "Son privativos de cada uno de los cónyuges: nº 8". Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento.

Art. 1.347: "Son bienes gananciales: nº 5). Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el art. 1.354".

No obstante, en líneas generales puede afirmarse que la compensación de los beneficios futuros dependerá del grado de colaboración prestada. Si ha sido una colaboración susceptible de calificarse como "normal", tal que pueda ser compensada, ya sea a través de la parte que le corresponda en cuanto socio de la empresa en la que prestó su actividad, o bien a través de la obtenida mediante la liquidación del régimen económico, pienso que no procederá la compensación de los beneficios futuros.

De forma distinta, en los supuestos en que la actividad realizada por el esposo que se va a ver privado de la titularidad de la empresa, haya sido de tal entidad que sin ella la productividad y sus futuros beneficios se verían notablemente reducidos, se abrirá para aquél un derecho a percibir una compensación por la pérdida de expectativas futuras dejadas de percibir.

No obstante lo dicho, debo dejar claro que la hipótesis relativa a la constitución de una empresa de la que ambos cónyuges forman parte, no encaja con la circunstancia objeto de estudio; ello debido a que el legislador parece estar pensando exclusivamente en los supuestos en que solamente uno de los esposos sea el titular de la actividad principal mientras el otro presta su colaboración desinteresadamente.

Tratándose de la constitución de una sociedad conyugal, la cuestión se complica, siendo necesario tener presente el tipo de sociedad constituida así como las normas que las rigen; el tema desborda el campo del derecho civil y pasa a constituir materia de derecho mercantil, por lo cual no será objeto de examen en el presente estudio.

F) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal

El nº 6 del art. 97 consagra una doble circunstancia de marcado carácter objetivo, presente en la mente del legislador desde el Proyecto del Gobierno.

Apunta GARCIA CANTERO (227) cómo esta circunstancia -no estrictamente económica- ha llevado a algunas legislaciones a prescindir de ella (228). No obstante,

(227) GARCIA CANTERO: op. cit., p. 435.

(228) GROSLIERE considera que este dato, aceptable sobre el plano moral y recogido por el legislador francés solamente en art. 280-1 del code, fue descartado por la Asamblea Nacional como circunstancia a tener en cuenta para la determinación de la prestación compensatoria por no constituir un criterio de valoración de las necesidades y de los recursos de los interesados. GROSLIERE: op. cit., p. 151..

aún careciendo de contenido patrimonial, pienso que este dato debe estar presente en la mente del Juez a la hora de fijar la pensión, por cuanto que le servirá para marcar los límites temporales dentro de los cuales han de ser apreciadas las demás circunstancias enumeradas en el art. 97.

El valor y alcance que "la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal" adquieren a la hora de otorgar la pensión, es discutido. Para un sector doctrinal, la importancia de esta circunstancia es tal, que su ausencia puede llevar aparejada por sí sola la denegación del derecho de pensión (229); otros como LASARTE Y VALPUESTA (230) atribuyen escasa relevancia a este dato si no se le relaciona con alguna de las circunstancias recogidas en el art. 97.

Me parece sin duda más acertada la segunda postura; "la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal" aisladamente consideradas en cuanto elementos

(229) Ver ROCA TRIAS: "El Convenio Regulador..." op. cit., p. 236; RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR: op. cit., p. 275; GONZALEZ POVEDA, P.: "La Ley del divorcio". Experiencias de su aplicación. Colex. Madrid, 1984, p. 95.

(230) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 762.

de otorgamiento o denegación de la pensión, puede llevar a resultados injustos; el mero hecho de haber convivido los esposos un gran número de años no es de por sí un dato suficiente para presumir que durante este tiempo uno de los cónyuges se ha hecho acreedor de una pensión por desequilibrio. Para que esta circunstancia opere, es necesario que se tengan en cuenta las circunstancias y los factores que han rodeado los largos años de vida matrimonial.

No son impensables las situaciones en las que, habiendo existido "cara al exterior" una larga vida conyugal, susceptible en principio de ser tomada en consideración favorablemente a los efectos de la entrega de una pensión, las circunstancias en las que tal convivencia se ha desarrollado, en modo alguno son suficientes para hacer nacer a favor de alguno de los esposos un derecho de pensión. La dilatación en el tiempo de la vida matrimonial no es por sí misma dato suficiente para hacer nacer este derecho; es necesario poner esta circunstancia en relación con el resto de las enumeradas en el art. 97.

De la misma forma hay que afirmar, "a sensu contrario" que la ausencia de esta circunstancia, es decir, la corta duración del matrimonio, tampoco puede operar automáticamente como causa de denegación de la pensión.

Si bien ésto es así, no cabe duda de que bajo estas afirmaciones subyace un problema de prueba. En el primer supuesto, para que la larga duración del matrimonio no actúe como elemento positivo y favorable en la fijación de la pensión, deberá el esposo demandado -potencialmente deudor de la pensión- probar, que a pesar de que objetivamente el matrimonio ha tenido una larga duración, no se han dado durante el mismo circunstancias tales que hagan nacer un derecho de pensión. Es claro que la dificultad que ésto conlleva es grande; las declaraciones de los hijos, caso de haberlos, o de las personas directamente relacionadas con los esposos, podrían ser elementos de prueba válidos a estos efectos. No existiendo prueba en contra, el dato de haber tenido el matrimonio una larga duración obrará positivamente.

Cuando por el contrario lo que se pretende es que la corta vigencia del matrimonio no opere negativamente, corresponderá al cónyuge demandante, potencialmente acreedor de la pensión, demostrar que, no obstante ésto, han existido circunstancias y situaciones tales que es de justicia la entrega de una pensión una vez disuelto el vínculo conyugal.

Faltando la prueba, la dilatada vigencia del matrimonio así como la corta duración del mismo actuarán, en cuanto datos objetivos, como presunciones "iuris

tantum" susceptibles de prueba en contrario; el primero lo hará positiva y el segundo negativamente.

Vista la significación que, en términos globales, adquiere la circunstancia 6ª del art. 97, es importante sentar cuál es el valor que dentro de ella adquieren "la duración del matrimonio" y "la convivencia conyugal".

En mi opinión la referencia a la "convivencia conyugal" en modo alguno es estéril sino que por el contrario se revela como una nota decisiva y fundamental para el otorgamiento de la pensión.

El legislador ha sido consciente de que la duración del matrimonio no siempre coincide con la de la convivencia conyugal; no son extrañas las situaciones en las que el matrimonio en cuanto vínculo y la convivencia conyugal son distintas en el tiempo.

Así, cabe hablar tanto de supuestos en los que habiendo durado el matrimonio un gran número de años, la convivencia conyugal de los esposos ha sido corta, como de aquellos en los que habiendo sido delatada en el tiempo la convivencia de los cónyuges, el matrimonio ha durado poco; me estoy refiriendo en éste último caso a los supuestos en los que entre los esposos haya exis-

tido una convivencia previa al matrimonio (231).

Ante tales situaciones, lógicamente la circunstancia que a efectos de la pensión adquirirá trascendencia no puede ser la de la "duración del matrimonio" puesto que en ninguno de estos casos es reflejo de la verdadera relación existente entre los esposos; en el primer supuesto lo que se ha prolongado en el tiempo no es la relación conyugal sino que lo único que ha pervivido largos años es el matrimonio en cuanto vínculo, en cuanto institución, que se disolverá al momento de dictarse sentencia de divorcio. En el segundo supuesto, por el contrario, el matrimonio en cuanto vínculo ha tenido una corta vigencia y sin embargo -aún con anterioridad al matrimonio- la relación mantenida por los esposos durante largos años de convivencia anterior al matrimonio ha sido prolongada.

En virtud de la mención que el Código hace en

(231) La Sent. del Trib. de Milano 22 aprile 1980 establece que a los fines de la determinación de la pensión de divorcio, se ha de tener en cuenta la contribución y dedicación al hogar prestada durante el período en que los esposos, anteriormente a las nupcias, han convivido "more uxorio". Trib. Milano. Sent. 22 aprile 1980 in Dir. Fam. e pers. 1980, p. 1.161; ver también Trib. Bari Sent. 21 gennaio 1977 Dir. Fam e per. 1979. p. 1.186 con nota de BESSONE.

la circunstancia 6ª del art. 97 a "la convivencia conyugal", se abre una puerta para que el Juez, en aquellos supuestos en los que dicha convivencia no coincida en el tiempo con los años de duración del matrimonio, pueda tomar en consideración y atribuir una mayor fuerza a la hora de fijar la pensión, a los períodos de efectiva y plena comunidad de vida entre los cónyuges.

En definitiva, pienso que la referencia que el legislador hace a "la duración del matrimonio" va dirigida a aquellos supuestos en los que el matrimonio haya coincidido -descontando los supuestos exigidos por la Ley para que opere el divorcio- con el período de convivencia conyugal, mientras que la expresión "convivencia conyugal" ha de ser aplicada a los casos en los que ambas situaciones no hayan sido coincidentes en el tiempo. Considero, que, en último término, en ambos casos lo que en definitiva adquiere importancia y ha de ser tomado en consideración para la fijación de la pensión es "la efectiva convivencia conyugal de los esposos" (232).

(232) Abonandó esta opinión, PARA MARTIN comentando la circunstancia 6ª del art. 97 considera que "el legislador se refiere a la convivencia durante el matrimonio, y no parece que excluya la convivencia antemrimonial (caso de la pareja que han vivido

Esta conclusión es acorde con las que, en páginas anteriores (233) mantenía en relación con el momento en el que ha de ser apreciado el desequilibrio económico en cuanto presupuesto determinante del derecho a pensión. Interpretaba entonces la expresión "situación anterior en el matrimonio" ha que hace referencia el Código en el primer párrafo del art. 97, en sentido estricto, limitándola a la etapa de convivencia normal del matrimonio o de plena comunidad de vida entre los cónyuges.

En este sentido, pienso que hubiera bastado con que en la circunstancia 6 del art. 97 se hubiera hecho mención sólomente a "la convivencia conyugal".

Al margen de esta interpretación, cabría hacer otra exégesis de la doble mención que el legislador hace en la circunstancia sexta del reiterado art. 97.

Podría entenderse que, puesto que la pensión

juntos veinte años y que se han casado al morir el cónyuge de uno de ellos). Lógicamente debe repercutir positivamente una prolongada convivencia y negativamente una convivencia breve". PARA MARTIN: op. cit., p. 160.

(233) Ver pp. 162 ss.

recogida en dicho artículo es común a la separación y al divorcio, el legislador ordena al Juez que tenga en cuenta "la convivencia conyugal" al objeto de fijar la pensión de separación, y "la duración del matrimonio" para el otorgamiento de la pensión de divorcio.

Las reflexiones expuestas en párrafos anteriores, unido a la forma en que el legislador ha unido las dos expresiones me lleva a rechazar esta interpretación; en efecto, para que ésta fuera la intención del legislador, pienso que debería haber dicho: "la duración del matrimonio o de la convivencia conyugal", con esta redacción podría entenderse que el fin perseguido era el de tener en cuenta una u otra según los casos. De forma distinta se ha optado por unir las dos mediante una conjunción copulativa que en principio obliga a tener en cuenta las dos situaciones tanto en la separación como en el divorcio.

Hay que decir por otra parte, que una vez acreditada la convivencia conyugal, y operando a favor del esposo potencialmente acreedor de la pensión, esta circunstancia jugará un importante papel a la hora de apreciar sus posibilidades de readaptación. Como afirma RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR (234) "Las circunstancias no

(234) RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR: op. cit., p. 275.

serán las mismas en una pareja joven que en un matrimonio mayor y afectarán incluso a las posibilidades que tenga el acreedor de rehacer su vida".

La circunstancia de "la duración del matrimonio", si bien no ha sido tomada en cuenta en todos los Ordenamientos, juega un papel decisivo en algunas legislaciones como la alemana.

En el Derecho alemán este dato es concluyente a la hora de entregar el crédito de alimentos posterior al divorcio. El art. 1.579 B.G.B. prevé la llamada "cláusula de equidad negativa" en virtud de la cual será denegado el derecho a obtener dicho crédito en los casos en que la carga que pesa sobre el deudor constituya -teniendo en cuenta los motivos definidos en los núms. 1 al 4 del párrafo 1º del parágrafo 1.579- una injusticia manifiesta; el crédito de alimentos puede ser suprimido total o parcialmente y provisional o definitivamente.

El legislador alemán objeto de evitar la excesiva arbitrariedad del juzgador, no ha querido dejar vacía de contenido la expresión "injusticia manifiesta". El nº 1 del párrafo 1º del parágrafo 1.579 recoge como causa posible de tal injusticia y por ende de la desaparición del crédito de alimentos, la existencia de un

tiempo de matrimonio muy corto (235).

En palabras de HOLZAUER (235) "la existencia de una corta vida en común, no debe tener por efecto la pesada carga que constituye el mantener al otro cónyuge toda la vida". Para apreciar justamente esta circunstancia, se recomienda deducir del tiempo de matrimonio la duración del proceso así como el período en que los cónyuges hayan estado separados; deberá también precisarse el período exacto de vida en común durante el cual el acreedor se ha visto privado del ejercicio de una actividad profesional.

G) La pérdida eventual de un derecho de pensión

Esta circunstancia, al igual que alguna otra de las enumeradas en el art. 97, no aparecía recogida en el Proyecto del Gobierno, siendo introducida poste-

(235) Los demás motivos de injusticia manifiesta recogidos en los núms. 2, 3 y 4 del párrafo 1º del parágrafo 1.579 son: el haber sido el acreedor autor de un delito grave contra el deudor o alguno de sus parientes y el haber provocado el acreedor deliberadamente el estado de necesidad en que se encuentra.

(236) HOLZAUER: op. cit., p. 135.

riormente en el Informe de la Ponencia.

La inclusión de este criterio dentro de la enumeración del art. 97 obliga al Juez a tomar en consideración, en la determinación de las consecuencias que el divorcio o la separación pueden acarrear para uno de los esposos, las prestaciones que alguno de ellos va a perder la posibilidad de adquirir a causa de la disolución del matrimonio (237).

En la actualidad, son muchos los Ordenamientos en los que se advierte una preocupación creciente en torno al tema de la necesidad de proporcionar al cónyuge divorciado un adecuado mecanismo de protección. Estos mecanismos han sido dirigidos fundamentalmente en dos direcciones: o bien el intentar salvaguardar la posición del divorciado, tanto durante la vida de su ex-cónyuge como a su muerte, o bien condicionar su protección a la muerte de aquél.

(237) En esta misma línea, el art. 25 de la "Matrimonial Causes Act" de 1973 contempla entre los datos que el Juez habrá de tener en cuenta para otorgar la pensión alimenticia, f) "La pérdida para uno de los cónyuges de una pensión que, como consecuencia de la separación, el divorcio o la anulación del matrimonio, no podrá adquirir".

Nuestra legislación, si bien a través de la pensión del art. 97 prevé específicamente una prestación a la que viene obligado en vida el esposo cuya capacidad económica sea mayor, en el campo del derecho de pensiones, esto es, del Régimen General de Prestaciones de la Seguridad Social, centra su atención fundamentalmente en la atribución de las mismas al cónyuge divorciado en los casos de fallecimiento de su ex-cónyuge.

Algunos Ordenamientos han comprobado que esta solución no es suficiente para salvaguardar la situación del esposo divorciado, de aquí que al objeto de conseguir este fin hayan instrumentado otros mecanismos de protección.

Destaca entre otras, el sistema adoptado por el legislador alemán, cuyas líneas generales han sido ya estudiadas respecto a las pensiones de jubilación al tratar la circunstancia relativa a "la edad y el estado de salud".

El Derecho Germano ha introducido a través de la Ley de 14 de junio de 1976, entrada en vigor el 1 de julio de 1977, una institución nueva llamada "Versorgungsausgleich" (VA), cuya finalidad primordial es la de asegurar a los cónyuges divorciados una autónoma fuente de sustento económico independientemente de la

prestación que le sea debida como pensión alimenticia.

El supuesto de base de esta institución es el siguiente: se hacen nacer para ambos cónyuges, por el período de duración del matrimonio, iguales derechos de pensión derivados del Régimen General de la Seguridad Social; ésto se obtiene, procediendo al momento de la disolución del matrimonio a una igualación entre los derechos de pensión adquiridos en aquél período por uno y otro esposo. Así, al cónyuge que no haya adquirido ningún derecho o, aún habiéndolo adquirido, su valor es inferior al del otro, le será atribuida la mitad de la diferencia entre el valor de los derechos de su ex-cónyuge y el de los suyos (238).

En opinión de TRABUCCHI (239), el objetivo perseguido es doble: por un lado "se persigue asegurar entre los cónyuges una armonía en la relación matrimo-

(238) Este es también el sistema seguido en Canadá en virtud de la Ley de 1 de junio 1978. Se exige como requisito para que opere la compensación que el matrimonio haya durado más de 36 meses. A diferencia de lo que ocurre en el Ordenamiento alemán, las expectativas vienen calculadas por su efectivo valor y no ficticiamente.

(239) TRABUCCHI, G.: "L'attribuzione dei diritti previdenziali nel divorzio. L'esperienza Tedesca del Versorgungsausgleich". Riv. Dir. Civ. 1984, nº 4 luglio-agosto, p. 469.

nial, armonía que el legislador piensa que puede conseguirse mejor si se atenúan las preocupaciones económicas para el futuro, y por otro, constituye un auténtico remedio, no a cargo de la previsión pública sino sustrayéndole al cónyuge que ocupa la mejor posición, una determinada parte de sus derechos de previsión".

La razón de ser de esta figura podemos encontrarla en el hecho de que son muchos los casos en los que la actividad laboral susceptible de hacer nacer tales derechos, sóloamente es desarrollada por uno de los esposos, con la consecuencia de que la prestación queda concentrada por entero en la persona del asegurado, esto es, del que lleva a cabo la actividad laboral. En tales casos, el otro esposo puede encontrarse al disolverse el matrimonio, desprovisto de toda suerte de derechos de esta clase.

Para evitar estas situaciones, el legislador alemán ha hecho nacer esta institución de compensación de los derechos de pensión cuya finalidad primordial es la de introducir un sistema capaz de garantizar y asegurar a los cónyuges divorciados una fuente propia de sustento económico.

La norma que en concreto prevé esta posibilidad es el parágrafo 1.587 B.G.B. Así, entre los cónyuges

tiene lugar el "VA", al momento de la disolución del matrimonio, cuando por uno o por ambos cónyuges haya sido adquirido durante el período matrimonial expectativas de pensión o previsión de pensión por antigüedad en el trabajo o por invalidez en el ejercicio del mismo (240). Quedan excluidas del "VA" aquellas expectativas o previsiones que no derivan de una actividad laboral.

Este sistema, introducido a raíz de la Ley de 14 de junio 1976, ha sido modificado por otra Ley aprobada el 21 de febrero de 1983 da con el nombre de "Ley sobre regulación de casos injustos en la nivelación de pensiones (241).

(240) TRABUCCHI afirma que es preciso concretar el significado de las expresiones "expectativa de pensión" y "previsión de pensión", ya que no deben ser confundidas con las "expectativas de derecho". En su opinión, también la doctrina tedesca ha desconocido el significado técnico y el uso de estos términos en el sentido en que son utilizadas en el "VA". No está claro ni delimitado desde el punto de vista jurídico el contenido que estos términos expresan, de forma que se hace difícil para el estudioso extranjero comprender y hacer comprender la intrínseca diferencia que existe entre la expectativa a obtener un derecho de previsión y una verdadera expectativa de derecho. Ver TRABUCCHI: loc. cit., p. 481.

(241) Esta Ley constituye una reacción del legislador ante una decisión del Tribunal Constitucional. La Ley de 14 de junio 1976 (Versorgungsausgleich) tiene como finalidad principal la de distribuir los derechos de pensión de tal forma que se igua-

Al margen de este sistema adoptado en el Ordenamiento alemán, son muchos y muy variados los sistemas adoptados.

En este orden de ideas, JAYME (242) realiza

len los derechos de los dos cónyuges. Se convierte así la pensión en un derecho propio y autónomo del cónyuge "más pobre". La doctrina alemana apunta como ello puede dar lugar a un enriquecimiento de las instituciones que tienen que satisfacer las pensiones. Así, WEYERS presenta como ejemplo más claro el del caso en que "la mujer (cónyuge "más pobre"), muera antes de haber alcanzado la edad en que le corresponderá percibir la pensión. En este caso no se le pagará a ella ni un marco, y en cuanto al marido se reducirá su derecho a la pensión en relación con el derecho de la mujer, y -lo que es decisivo- permanecerá reducido. El resultado es abiertamente injusto" WEYERS, H.L.: "Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la república Federal de Alemania de 1983". A.D.C. oct.-dic., 1984, p. 1.054.

A la vista de los posibles resultados injustos, la Ley fue impugnada ante el Tribunal constitucional. El tribunal declaró que los parágrafos 1.587 y ss. estaban adecuados a la constitución, si bien, se exigía una regla complementaria que estableciera una excepción para los "casos injustos". No obstante, la Ley de 21 de febrero 1983 sólo estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 1986, puesto que después de esta fecha deberá procederse a una nueva regulación de la compensación o nivelación de los derechos de pensión. Para mayor abundamiento sobre el tema Vid.: WEYER: ult. loc. cit., pp. 1.053 y 1.054; TRABUCCHI: loc. cit., p. 433 ss.

- (242) JAYME, V.: "Der Versorgungsausgleich-Die Lösungsansätze im internatiönalem Vergleich". Tesi al Convegno di Tutzing, Der Versorgungsausgleich im Internatiönalem vergleich und in der Zwischensta-

una clasificación de los Ordenamientos que, de una u otra forma, persiguen a través de diversos instrumentos, el fin señalado. Así, distingue entre:

A) Ordenamientos en los cuales ha sido adoptado el régimen legal de la comunidad de adquisiciones; en estos, las expectativas de pensión adquiridas por los cónyuges durante el matrimonio pueden ser consideradas como parte de los bienes adquiridos, bienes que con el divorcio deben ser divididos en partes iguales. En este grupo encuadra a los Estados Unidos y a Holanda. B) Ordenamientos que, al momento del divorcio, ponen a cargo de un cónyuge la obligación de entregar al otro prestaciones económicas con el fin de compensar la pérdida que éste puede sufrir con la disolución del matrimonio. C) Ordenamientos en los cuales los derechos de pensión del cónyuge divorciado que estuviese obligado al mantenimiento, son transferidos en caso de muerte de éste, a favor del otro cónyuge en sustitución de la prestación de mantenimiento. A este grupo pertenece el sistema elegido por el legislador italiano a través de la pen-

atlidhhen Praxis, publicado en la Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht/Berlin-München. Citado por TRABUCCHI: loc. cit., p. 503 nota 126.

sión de reversión. D) Ordenamientos que confían la solución al Derecho Social; en ellos, al momento de la disolución del matrimonio, vienen socializadas en mayor o menor medida, las cargas asistenciales o de pensión a favor del cónyuge más débil económicamente, el cual viene a mantener sustancialmente la misma posición que la que habría tenido si el matrimonio no se hubiera disuelto.

De entre todos estos sistemas, merece la pena destacar el seguido por la legislación italiana a través de la ya mencionada pensión de reversión. Como vimos, la solución acogida por el Derecho italiano queda encuadrada dentro de la de aquellos Ordenamientos en los cuales los derechos de pensión del cónyuge divorciado son transferidos en caso de muerte, al ex-cónyuge superviviente a quien viniera suministrando una pensión de mantenimiento.

La preocupación del legislador gira en torno a la necesidad de asegurar una protección al esposo divorciado en los casos en que habiendo estado dependiendo económicamente de su ex-cónyuge éste muere (243). Se

(243) Esta línea es la seguida por el Anteproyecto de

pretende tutelar la situación en la que se encuentra el divorcio de una persona de quien recibía lo necesario para hacer frente a sus necesidades económicas a través de una renta periódica, cuando esta persona obligada al pago muere.

Tal protección ha sido llevada a cabo por la Ley 1 de agosto 1978 (244) integradora de la Ley 1 de diciembre 1970, en virtud de la cual fue modificado el artículo 9 de esta última.

Con esta Ley integradora se ha querido dar una mayor seguridad a la tutela del ex-cónyuge divorciado que a la muerte del otro gozaba de una pensión, conce-

Ley elaborado por el Ministerio de Trabajo titulado "de igualdad jurídica entre hombre y mujer en materia de prestaciones de supervivencia del Sistema de la Seguridad Social". En él se dice que "Las normas establecidas en la Ley para la percepción de pensiones por muerte y supervivencia serán de aplicación también a los divorciados y separados judicialmente que acrediten dependencia económica del fallecido..."

(244) Ley nº 436 de 1 de agosto de 1978 integradora de la Ley nº 898 de 1 de diciembre 1970 "Sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio", en virtud de la cual, a través de su artículo 2 se ha modificado el art. 9 de la Ley de 1970 e introducido, a través de su art. 3, el art. 9 bis.

diendo al Tribunal el poder de hacer participar al divorciado supérstite de la pensión de reversibilidad o de otras pensiones por razón de fallecimiento, en base a una norma más completa que la prevista en el antiguo artículo 9 de la Ley de 1970. En su antigua formulación disponía lo siguiente:

"En caso de muerte del obligado, el Tribunal puede disponer que una cuota de la pensión o de otras asignaciones correspondientes al cónyuge supérstite, sea atribuida al cónyuge o a los cónyuges respecto a los cuales haya sido dictada sentencia de divorcio"

A la vista de tal formulación, la doctrina pronto se hizo eco de la injustificada disparidad de tratamiento que suponía para el esposo divorciado; la norma hacía depender su derecho, de una parte, de que el obligado a la entrega de la pensión de divorcio se hubiera casado de nuevo, y de otra, de que el nuevo cónyuge estuviera vivo en el momento del fallecimiento del obligado.

Después de la modificación operada por la Ley de 1978, el actual art. 9 prevé expresamente, tanto la hipótesis en que el obligado muera sin dejar un supérstite, como aquélla en que por el contrario fallezca dejándolo. Dice así:

"Si el obligado a la entrega de la pensión periódica prevista en el art. 5, muere sin dejar un cónyuge supérstite, la pensión y las otras asignaciones que corresponderían a éste, pueden ser atribuidas por el Tribunal, en todo o en parte, al ex-cónyuge respecto al cual haya sido pronunciada la sentencia de divorcio o de cesación de los efectos civiles del matrimonio. La parte de estas pensiones que no fueran atribuidas conforme a lo previsto en esta norma, se devolverá, en los límites establecidos por la legislación vigente, a los hijos, a los padres, o a los parientes colaterales.

Si el obligado a la entrega de la pensión periódica prevista en el art. 5, muere dejando un cónyuge supérstite, el Tribunal podrá disponer que se atribuya una cuota de la pensión o de otras asignaciones correspondientes a éste, al cónyuge respecto al cual haya sido dictada sentencia de divorcio o de cesación de los efectos civiles del matrimonio. Si en la condición de tal se encuentran más personas, el Tribunal procederá a repartir entre todos la pensión, así como también, en caso de muerte sucesiva de alguna de ellas o de contracción de segundas nupcias, procederá a repartir entre los restantes la cuota atribuida a éste" (245).

-
- (245) La Circular nº 1.274 de 7 de marzo de 1980 dictada por la Dirección General del Ministerio del Tesoro italiana, estableció que "el tratamiento conferido al cónyuge divorciado no puede calificarse como pensión de reversibilidad según las disposiciones contenidas en el T.U. aprobado con D.P.R. 29 diciembre 1973 nº 1.092, ya sea desde el punto de vista objetivo por la falta de los presupuestos y de las condiciones previstas en el art. 8 del T.U., ya sea desde el punto de vista subjetivo en cuanto que el beneficiario, al desaparecer con la sentencia de divorcio la relación conyugal, no puede incluirse entre los cónyuges del difunto pensionista". Según la Administración del Tesoro:

La redacción de este precepto ha suscitado dudas acerca de si la pensión prevista en el art. 9 ha de ser entendida como un derecho autónomo y nuevo, ya sea respecto a la pensión de divorcio prevista en el art. 5, ya respecto a los derechos de pensión correspondientes al cónyuge supérstite, o por el contrario estamos ante una prestación dependiente de alguno de estos derechos.

Según la tesis que defiende dicha autonomía, con la muerte del ex-cónyuge, la obligación originaria que éste tenía frente al divorciado se extingue, de forma que las prestaciones previstas en el art. 9 vienen adquiridas por éste por derecho propio y no por derecho de sucesión; el derecho a la pensión de reversibilidad -

interpretada esta circular, en otras palabras quiere decir que "el art. 9 de la Ley 1 dic. 1970 nº 898 (y por tanto el art. 21, 1 de agosto 1978) ha intentado, no el reconocer el derecho del ex-cónyuge a la pensión de reversibilidad, sino más bien introducir un especial mecanismo de tutela en la relaciones entre el cónyuge divorciado que se encuentra en una posición económica más débil, asegurándole la percepción, también después de la muerte del otro cónyuge, de una prestación económica cuya naturaleza jurídica no es distinta de "l'assegno" indemnizatorio previsto en el citado art. 5 de la Ley nº 898 de 1970". Vid. CAPPONI, B.: "Problemi di effectività del trattamento pensionistico en favore del coniuge divorziato" Riv. Dir. Civ. 1983. settem.-ottob., p. 699.

se constituye en cabeza del cónyuge beneficiario como un derecho nuevo, y en cuanto tal, no puede ser considerado ni como una prolongación ni como una transformación del derecho preexistente, ya sea éste un derecho a la pensión de divorcio o el derecho de pensión correspondiente al cónyuge obligado (246).

En sentido contrario, otros como VINCENZI AMATO (247) sostienen que existe una continuidad de la anterior obligación a la pensión de divorcio, y que por tanto, la pensión de reversibilidad se trata sólo de una revisión de las circunstancias que habían determinado la atribución de la pensión de divorcio del art. 5.

Dejando a un lado esta discusión doctrinal, hay que destacar en la formulación del art. 9, el papel preponderante que el legislador italiano ha concedido en esta materia al órgano jurisdiccional; éste se constituye sin duda alguna en pieza clave para la atribución de esta clase de pensiones.

(246) TRABUCCHI: loc. cit., p. 514; ver también QUADRI, E.: "Le aspettative pensionistiche nella crisi del rapporto coniugale". For. it. 1982, I, C, 2.291.

(247) VINCENZI AMATO: op. cit., pp. 383 ss.

En palabras de DEL PASQUA (248), "el órgano jurisdiccional goza de un amplio poder discrecional del que se deberá servir con diligencia y cuidado para determinar con prudente criterio comparativo las singulares posiciones de los interesados, teniendo en cuenta, sobre todo en lo que respecta al cónyuge legítimo, las condiciones económicas de cada uno, el período de convivencia con el cónyuge fallecido, y en particular el motivo que ocasionó el naufragio del matrimonio". En su mente late un claro afán de protección hacia el cónyuge legítimo; entiende, que la sentencia que atribuye una pensión de reversión al cónyuge divorciado deberá ser rechazada si la repartición tiene el efecto de agravar la situación económica del cónyuge legítimo, de forma que le supusiera la privación del mínimo indispensable para la supervivencia.

Por lo que se refiere a la cuantía de la pensión, la Ley no ofrece ningún elemento para su fijación. Entiende la doctrina (249), que ante tal vacío, habrá de ser el Tribunal quien establezca discrecionalmente

(248) DEL PASQUA, G.: "Diritti pensionistici e sucesori del coniuge divorziato" Giur. Mer. 1980, p. 258.

(249) Vid. GARLATTI, C.: "Pensione di reversibilità e assegno alimentare al coniuge divorziato". Riv. Dir. Civ. 1982 n° 5, p. 602.

el montante de la cuota. Esta afirmación es ratificada por la Sentencia de 14 de noviembre de 1981 (250) según la cual "a los fines de la atribución al cónyuge divorciado de una cuota de la pensión del art. 5 o de otras pensiones que corresponderían al cónyuge superstite, o de su repartición entre varios cónyuges divorciados, la Ley reconoce al Juez un poder discrecional de adecuación de las variaciones de los singulares casos, debiendo tener en cuenta para su fijación, en ausencia de un estado de necesidad del reclamante, las condiciones económicas respectivas de los sujetos interesados en el reparto, con especial referencia a la pensión eventualmente gozada antes de la muerte del obligado; en el caso de que tal pensión no hubiera sido pedida, el Juez podrá considerar, en vía subsidiaria, la contribución dada por el cónyuge reclamante a la formación del patrimonio del otro cónyuge o a la dirección familiar".

Acerca de la fijación de la cuantía, debe destacarse otro dato importante cual es el de que a tal fin, el dato de la duración de la convivencia de cada uno de los interesados con el causante sólo se ha de tener en cuenta subsidiariamente. La introducción de

(250) Sent. 14 novembre 1981 n° 6.045. For. it. 1982, p. 2.291.

este criterio en la formulación de la Ley fue sugerida por los Senadores Piccolo e Carraro en el curso de la formación de la Ley nº 898/70, sin que sus propuestas fueran recogidas en el texto definitivo. La Corte Suprema alegó en detrimento de este dato, que en la mayor parte de los casos dicha circunstancia ha sido ya tomada en consideración por el Juez en la determinación de la pensión de divorcio, así como también que implicaba una larga investigación en contraste con la necesidad de rapidez de la demanda (251).

A la vista de lo expuesto puede afirmarse, que si bien es loable el intento que el legislador italiano ha realizado para procurar una mayor protección al cónyuge divorciado, el instrumento a través del que lo ha materializado -la pensión de reversión del art. 9- no está exento de dudas (252), ni cumple en muchos casos

(251) Vid. GARLATTI: loc. cit., p. 606.

(252) En el Derecho italiano se discutió mucho sobre la Naturaleza Jurídica del procedimiento judicial relativo a la atribución de la pensión o de otras asignaciones conexas con ella, previstas en el art. 9. En un primer momento se sostuvo la opinión de que este procedimiento guardaba afinidad con la prenda "presso terzo", esto es, se pensaba que a través del mismo, el Juez había expropiado coactivamente la cuota de la pensión al ente pagador para destinarla al cónyuge divorciado. Tal tesis sobre la naturaleza expropiatoria fue rápidamente

el objetivo perseguido. Pienso, que se ha conferido al Juez una excesiva discrecionalidad en la materia, lo cual, en determinadas ocasiones puede llevar a una inse-

rechazada por la Corte Suprema de Casación. Esta, en virtud de Sentencia de 7 de julio 1976 nº 2.533 entendió que "el procedimiento autorizante del reparto de la cuota pensionística de reversibilidad a favor del cónyuge divorciado, no constituye título ejecutivo, sino que tiene una estructura y una función análoga a la de las cesiones de créditos. Dice DEL PASQUA que ninguna analogía puede encontrarse entre dicho procedimiento y tal cesión de créditos; la primera supone una sucesión en el lado activo mientras que la cesión es voluntaria, determinando la incorporación de un nuevo acreedor a la relación obligatoria preexistente. En la cesión de créditos se aprecia una relación trilateral cuyos sujetos, A, B y C, son llamados respectivamente acreedores cedentes que transfieren a título oneroso o gratuito su derecho a un tercero acreedor cesionario el cual entra a formar parte de la relación obligatoria existente entre el cedente y el deudor cedido sin que sea necesario el consentimiento de este último. En la postura mantenida por la Casación, el papel de los participantes en la relación obligatoria queda totalmente alterado; en efecto, el acreedor cedente debería ser el cónyuge difunto, el acreedor cesionario el cónyuge divorciado y el deudor cedido el ente público. En la designación objeto de examen no subsiste ningún acreedor cedente, porque la atribución de la cuota pensionística es dispuesta por imperio del Juez a favor del cónyuge divorciado, el cual deviene acreedor no por acuerdo con el acreedor originario sino en virtud de lo establecido judicialmente, no subsistiendo relación alguna entre el difunto y el divorciado en relación con la pensión o con otras asignaciones, desde el momento en que éstas corresponden por Ley al cónyuge legítimo. Vid. DEL PASQUA: loc cit., p. 261.

guridad jurídica grande que, en último término, puede llegar a perjudicar al cónyuge divorciado.

Hasta aquí hemos analizado dos de los sistemas de atribución de pensiones al cónyuge divorciado: el alemán y el italiano; pasamos ahora a analizar cuál es la solución que en esta materia ha acogido el legislador español y cuáles son los principales mecanismos de protección y tutela con los que cuenta nuestro Ordenamiento.

Una primera manifestación de esta protección la encontramos en la circunstancia nº 7 del artículo 97. Como ya vimos, en virtud de la misma, el Juez deberá tener en cuenta a la hora de fijar la pensión de divorcio, los derechos de pensión que como consecuencia de la disolución del vínculo no podrán ser adquiridos por el cónyuge económicamente más débil.

Esta circunstancia encuentra su precedente directo en el apartado nº 5 del art. 272 del Code français, en el cual se contempla como criterio a tener en cuenta para fijar las necesidades y los recursos determinantes de la prestación compensatoria: "La pérdida eventual de los derechos de pensión en materia de reversión".

Al comparar la enumeración de los índices previstos en el art. 272 del Code con los del art. 97, veíamos que el legislador francés ha incluido en su enumeración dos circunstancias -la cuarta y quinta- de contenido similar pero con un significado y trascendencia distinto. La cuarta hace referencia a "los derechos adquiridos o previsibles", mientras que la quinta alude a "la pérdida eventual de los derechos de pensión en materia de reversión".

A tenor de ambas circunstancias, el Juez, al objeto de fijar las necesidades y los recursos determinantes a la prestación compensatoria deberá tomar en consideración los derechos que la convivencia conyugal ha hecho nacer a favor de uno o de ambos esposos. La diferencia radica en que, mientras que por vía de la prevista en cuarto lugar, el Tribunal deberá estimar, en sentido positivo, los derechos de que el esposo divorciado va a gozar una vez disuelto el matrimonio, a través del criterio situado en quinto lugar el objeto de valoración será la pérdida que, como consecuencia del divorcio, va a experimentar el cónyuge cuyos recursos económicos sean más débiles en sus derechos de pensión de reversión (253).

(253) En el Proyecto del Gobierno de la Ley francesa de

Esta última solución ha sido la acogida por el legislador español, el cual ha preferido eludir cualquier referencia a los posibles "derechos adquiridos" del esposo divorciado.

La decisión no deja de ser coherente con el sistema de pensiones contemplado en el Ordenamiento español. Nuestra legislación no ha previsto, como el alemán, un mecanismo de protección de los derechos de pensión del cónyuge divorciado a través del cual pueda adquirir, a la disolución del matrimonio, tales derechos en los supuestos en los que no sea beneficiario directo por no haber cotizado. Consecuentemente, no hubiera tenido sentido incluir entre las circunstancias del art. 97 una similar a la prevista en el número cuatro del art. 272 del Code (254).

A la vista de la formulación de la circunstancia 7ª del art. 97, una de las primeras cuestiones

11 de julio 1975 solamente se recogía la circunstancia de "los derechos adquiridos y previsibles"; fue en la redacción final de la Ley cuando se añadió "la pérdida eventual de los derechos de pensión en materia de reversión.

- (254) Hay que recordar que el Ordenamiento francés prevé la adquisición de derechos a favor del cónyuge divorciado a través de diversos preceptos. Así, el art. 11 de la Ley nº 75-617 de 11 de julio de 1975 párrafo 1º, ver p. 209 nota 166 y p. 210 nota 167.

que debemos plantearnos es la de cuáles son estas pensiones que uno de los esposos puede perder como consecuencia del divorcio. Cuál es el contenido de la expresión "derecho de pensión" dentro del contexto de dicha circunstancia.

En términos generales puede decirse que quedarán incluidas aquí todas aquellas prestaciones cuyo presupuesto básico de otorgamiento sea el matrimonio. Se trata, como dice LOPEZ ALARCON (255) de "cualquier prestación de Derecho Privado o Público que un cónyuge pudiera percibir o, constante el matrimonio o, en caso de fallecimiento del otro".

El concepto de "derecho de pensión", ha de ser entendido en sentido amplio, incluyendo en él toda prestación, que como consecuencia de la separación o del divorcio, no puedan ser disfrutadas por alguno de los esposos. Así, por ejemplo, como dice ROCA TRIAS, quedarán encuadradas dentro de esta expresión, no sólo las pensiones previstas legalmente, sino también las prestaciones pactadas convencionalmente, tales como los seguros, y "quizá también la pérdida del posible y futuro derecho

(255) LOPEZ ALARCON: op. cit., p. 359.

a la legítima, que debe todo en los casos de divorcio, no se ostentará al fallecimiento del ex-cónyuge por no existir el vínculo matrimonial, presupuesto del derecho que reconoce el art. 834 C.c. al cónyuge viudo" (256).

Con independencia de la laxitud con que ha de ser interpretada el concepto de "derecho de pensión" dentro de la circunstancia 7ª del artículo 97, me limitaré en este estudio a analizar cuál es la incidencia que, en relación con esta circunstancia, adquieren las prestaciones derivadas de la Seguridad Social. La sobrevenida de un divorcio, ¿hace perder al cónyuge divorciado todas las prestaciones que le corresponderían por este concepto si el matrimonio no se hubiera disuelto?.

(256) ROCA TRIAS: "El Convenio Regulador..." op. cit., p. 237; en esta línea, GARCIA CANTERO dice que "puede tratarse, por ejemplo, de la póliza de un seguro de vida en que figuraba el cónyuge como beneficiario y cuyas primas se abonasen con cargo a la sociedad de gananciales o de las prestaciones de una mutualidad o de la Seguridad Social que dejen de percibirse en el futuro por idéntica razón; también de un legado de pensión mientras se permanezca casado". GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit., p. 435; RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR incluye dentro de esta circunstancia la revocación por terceros de las donaciones por razón del matrimonio prevista en el párrafo 2º del art. 1.343. En su opinión, "en los casos en que dichas donaciones hayan sido otorgadas por terceros se reputará incumplimiento de cargas, además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse subordinado la donación, la anulación del matrimonio

Actualmente y gracias a la Disposición Adicional 10ª de la Ley de 7 de julio 1981, el Sistema español puede encuadrarse dentro de aquellos Ordenamientos en los que la protección al cónyuge divorciado de sus derechos de pensión se confían al Derecho Social. En virtud de dicha Disposición adicional, se ha abierto la posibilidad de que el esposo divorciado pueda gozar de sus derechos de pensión en la misma forma que lo haría si el matrimonio no se hubiera disuelto. No obstante esta afirmación hay que tener en cuenta que la norma condiciona la atribución de las correspondientes prestaciones al tiempo de duración de la convivencia conyugal.

La Disposición Adicional 10ª, si bien con carácter provisional, ha introducido importantes innovaciones en el sistema español de pensiones .

El apartado primero contempla la atribución

por cualquier causa, la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron. RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR: op. cit., p. 276; NAVARRO GONZALEZ, para los esposos que se rijan por la Compilación Foral aragonesa y, al menos en cuanto no se promulguen normas modificativas de la misma, considera que "se tendrá que tener en cuenta la pérdida del derecho expectante de viudedad foral aragonesa o su renuncia..." Vid. NAVARRO GONZALEZ: op. cit., p. 71.

de prestaciones de la Seguridad Social (257) con independencia de que haya sobrevenido separación o divorcio (258), en caso de que ninguno de los cónyuges haya fallecido. Dice así:

"Con carácter provisional en tanto se de una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

1ª) A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establezca en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio..."

RAMS ALBESA, comentando esta norma, destaca su generalidad que, en su opinión, más podría calificarse de indeterminación. Se lamenta de que con su formulación, no se sabe a ciencia cierta si el legislador quiso

(257) Todo lo que en esta exposición se apunta en relación con las Prestaciones de la Seguridad Social es también aplicable en general a todos los Derechos Pasivos y al régimen de los Funcionarios Públicos.

(258) SERRANO apunta cómo nada se dice en los casos de nulidad del matrimonio y los artículos 97 y 98 no resuelven el problema; en su opinión, en los casos de nulidad deben subsistir también las citadas prestaciones en tanto no se contraiga un nuevo matrimonio. SERRANO ALONSO, E.: "Aspectos sucesorios"

referirse a todas las prestaciones de la Seguridad Social que por no tener periodicidad en su prestación no caben dentro del concepto estricto de pensión, o a alguna de éstas y no todas (259).

Ciertamente, la indeterminación de esta norma es total, y en último término, en razón del sistema de base profesional adoptado por nuestra legislación laboral, su relevancia práctica va a ser escasa.

En los sistemas de base profesional, en principio sólo adquieren derecho a las prestaciones de la Seguridad Social el cónyuge que haya desarrollado una actividad laboral, el que haya estado cotizando.

Así pues, tratándose de una persona que no haya ejercido tal actividad laboral, no cabe duda de que al disolverse el matrimonio puede quedar en una situación precaria. Durante el período en que el matrimonio fue constante, dicho cónyuge podía beneficiarse, si bien

del nuevo Derecho de Familia", La Ley 19 de abril 1983, nº 658, p. 3.

- (259) RAMS ALBESA, J.: "Comentario a la Disposición Adicional décima" en Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del C.c., coordinados por LACRUZ. Edit. Civitas. Madrid, 1982, p. 1.079.

directamente, de los derechos de pensión adquiridos durante la vida profesional por su cónyuge. Sobrevenido el divorcio, el esposo que no cotizó va a verse privado de la participación en tales derechos, quedando indudablemente en una posición desventajosa frente a la de su ex-cónyuge. Así, conforme a la regulación española, el cónyuge divorciado no tendrá derecho a reclamar, por ejemplo, la pensión de jubilación de su ex-cónyuge, ni, en general, cualquier otra prestación cuyo presupuesto de otorgamiento sea la previa cotización (260).

De lo expuesto se deduce, que el apartado primero de la Disposición Adicional décima, en la práctica, va a tener un contenido muy limitado incluyendo solamente aquellas prestaciones, tales como la de asistencia sanitaria, a las que tenía derecho el cónyuge constante el matrimonio. Como éstas son limitadas, también lo serán las susceptibles de atribución al cónyuge separado o divorciado.

Hay que decir que la posibilidad de disfrutar de una prestación de la Seguridad Social en caso de crisis matrimonial, fue prevista con anterioridad a la Ley

(260) En relación con el tema ver pp. 98 ss.

de 1981 por el Régimen General de la Seguridad Social para los casos de separación. Así, el art. 36 del Decreto de 30 de mayo de 1974 (261) lo hacía en relación con la separación de hecho y el Decreto de 16 de noviembre de 1967 (262) recogía entre los beneficiarios de la prestación por asistencia sanitaria y por accidente laboral al cónyuge separado judicialmente salvo que en la sentencia fuera declarado cónyuge culpable.

- (261) Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Decreto 2.063/1974 de 30 de mayo. Dice el art. 36 inciso segundo del párrafo primero: "Reglamentariamente se determinarán las condiciones de la prestación de asistencia social a la esposa e hijos en los casos de separación de hecho del trabajador afiliado a la Seguridad Social".
- (262) Decreto nº 2.766/1967 de 16 de noviembre por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social. En aclaración de lo dispuesto en este Decreto se dictó la Resolución de 22 de julio de 1980 en virtud de la cual: 1º) en los supuestos de separación matrimonial a que se refiere el párrafo tercero del apartado a) del nº 3 del art. 2º del Decreto 2.766/16 de noviembre y la norma 1ª del art. 10 de la Orden de 31 de julio 1972, el cónyuge titular del derecho, y en caso de separación de hecho, la esposa beneficiaria, para obtener la prestación de asistencia sanitaria para sí y para los hijos beneficiarios que con uno u otro convivan, deberán solicitarla de la Dirección Provincial en que se encuentre de alta el titular. El hecho de la separación o, en su caso, el de la tramitación judicial de la misma deberá ser debidamente acreditado.

Generalmente se subordinaba el disfrute de estas prestaciones a la cualidad de cónyuge inocente (263), restringiéndose de esta forma notablemente el campo de atribución.

En la actualidad, la disposición Adicional décima, siguiendo la tónica de la Reforma, no distingue entre cónyuge culpable y cónyuge inocente. Al haberse suprimido el requisito de la inocencia como presupuesto de otorgamiento de las prestaciones de la Seguridad Social, pienso, que de alguna manera se ha reducido el campo de aplicación de la circunstancia séptima del art. 97 relativa a "la pérdida de un derecho de pensión".

De haberse mantenido la exigencia de "haber sido declarado cónyuge inocente", los supuestos de pérdida de un derecho de pensión serían más frecuentes, por cuanto que no en todos los casos de separación y divorcio el esposo más débil económicamente es el cónyuge inocente; al haberse suprimido, consecuentemente se reducen los supuestos de pérdida de un derecho de pensión.

(263) Ver la Base décima nº 41 letra b, párrafo 3º de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre 1963; en el mismo sentido: art. 160 nº 1, a). Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social Decreto. 2.063/1974 de 30 de mayo;

Con mayor precisión se regula en el apartado tercero de la mencionada Disposición Adicional décima, los derechos de pensión del cónyuge separado o divorciado en caso de fallecimiento de su ex-cónyuge. A tenor de la misma:

"El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento, corresponderá a quien 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".

SERRANO, en relación con esta norma, hace una observación interesante. Considera que es incompleta por cuanto que está pensada sólo para el supuesto en que el fallecido hubiese contraído varios matrimonios sucesivos, con lo que a su muerte habría varias personas con derecho a parte proporcional al tiempo de la convivencia sobre el total de la pensión; la cuestión que se plantea es la de cuál ha de ser la cuantía que tendría derecho a percibir el cónyuge divorciado en los casos

art. 32 del Reglamento General sobre prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. Decreto de 23 de diciembre 1966; art. 7 a) Orden de 13 de febrero de 1967 sobre "Prestaciones por muerte y supervivencia"; ver también sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 25 enero 1979, 25 octubre 1978, 27 junio 1978.

en que el fallecido sólo hubiera contraído un matrimonio, con aquél, y en los que por tanto no existiera cónyuge legítimo al momento de su muerte. Entiende que en tales supuestos, cabría pensar que su derecho será sobre la totalidad de la pensión, con lo cual se evitaría que una parte de la pensión revertiese al Estado injustificadamente; no obstante, a la vista de la letra del Código, considera que en la mente del legislador estuvo presente el poner en relación cuantía de la pensión con tiempo efectivo de convivencia y, por tanto, la solución debe ser opuesta, es decir, el supérstite percibiría la pensión a proporción del tiempo de convivencia y el resto de la pensión iría al Estado u organismo obligado al pago de la pensión (264) (265).

(264) SERRANO: loc. cit., p. 3.

(265) El citado Anteproyecto de Ley elaborado por el Ministerio de trabajo (ver nota 219) parece prever la hipótesis en que sólo exista cónyuge divorciado y no supérstite. Así dice: "El derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en caso de que el cónyuge fallecido haya contraído varios matrimonios, la pensión a la que cause derecho se distribuirá entre todos los viudos o viudas en proporción a la duración del respectivo vínculo matrimonial con el causante. Es decir, la pensión se dividirá por el número de años en que el cónyuge haya estado casado y cada uno de los viudos o viudas percibirá la cantidad resultante de multiplicar el resultado de la anterior división por el número de años que haya durado su matrimonio con el fallecido. Durante el primer año siguiente al

Cabría también plantearse la posibilidad de que, habiendo existido una previa separación, el cónyuge causante iniciará posteriormente una convivencia con una tercera persona con la que no ha podido contraer matrimonio, por no estar en vigor la Ley del divorcio, sino poco tiempo antes de su fallecimiento. ¿Cómo se efectuaría en tales hipótesis el reparto?, el período intermedio que va desde la separación hasta la sentencia firme de divorcio ¿deberá de computarse a favor del cónyuge separado o, por el contrario, atribuyendo a la convivencia un carácter relevante, operará en favor de aquél con el que estuvo conviviendo durante tal período?.

RAMS ALBESA, ante un caso similar (266), se inclina por atribuir el acrecimiento de este período al cónyuge separado: "La respuesta no puede ser más que dubitativa, pues si entendemos que al menos hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1981 de 7 de julio, las normas materiales de Seguridad Social y Clases Pasivas llamaban como beneficiario de la pensión de viudedad al

fallecimiento del cónyuge que da derecho a la pensión, ésta será cobrada íntegra por cada uno de los viudos o viudas beneficiarios de tal derecho".

(266) RAMS ALBESA: op. cit., p. 1.085.

cónyuge separado cuando éste era declarado, en sentencia de separación, inocente, no podemos concluir de otra forma que considerando acrecido el período entre separación y sentencia de divorcio en favor del primer cónyuge inocente, pero sin dejar de hacer notar que esta solución que propugnamos es incongruente con lo previsto en la norma segunda".

En mi opinión, tal solución no puede ser mantenida. A lo largo de este estudio, he defendido cómo la cualidad de cónyuge, para que surta plenos efectos ha de ir acompañada de una convivencia efectiva; tal situación, es evidente que no existe en caso de separación, por lo que pienso que sería contrario a la equidad, e incluso podría resultar paradójico el que la atribución de un beneficio basado sustancialmente en la convivencia, recayera sobre una persona que, aún conservando nominal y legalmente la condición de cónyuge, no ha mantenido contacto alguno con el causante durante el período que legalmente va a originar tal beneficio.

Entiendo así, que ante un caso como el planteado, el período de convivencia que media entre la separación y la sentencia firme de divorcio acrecerá, no al cónyuge separado, sino a aquél que sin haber tenido la condición de cónyuge legítimo, ha convivido de forma efectiva con el causante durante ese período.

Otra solución sería incongruente con el apartado segundo de la mencionada disposición adicional décima. Dice esta norma:

"Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente...".

Contempla el precepto el supuesto de que junto al esposo separado concurriera una persona, que sin haber contraído matrimonio con el causante por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, hubiera estado conviviendo con él hasta el momento de su muerte. Concretamente entiendo que está aludiendo a aquellas parejas que han estado conviviendo juntas con anterioridad a la Ley de 7 de julio y que, por no existir divorcio, no pudieron disolver el previo matrimonio contraído por uno o por ambos.

Dándose tales circunstancias, el conviviente supérstite tendrá derecho a las Prestaciones de la Seguridad Social de las que hubiera sido beneficiario si hubiera contraído matrimonio, así como a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por ra-

zón de fallecimiento, en cuantía proporcional al tiempo de convivencia.

En este orden de ideas, entiendo que si el Código computa, a los efectos de atribución de estas prestaciones, el período de convivencia de aquella persona que habiendo convivido con el causante no ha podido contraer matrimonio con él por no permitírsele la legislación, con mayor motivo, pienso que deberá operar el período de convivencia a los efectos de entrega de una pensión de viudedad, cuando el mismo ha desembocado en un matrimonio que, si bien ha durado poco tiempo, tal brevedad ha sido ajena a la voluntad de los cónyuges.

A la vista de lo expuesto, cabe decir que la Ley de 7 de julio 1981, a través de su disposición adicional décima, ha abierto nuevas e importantes vías en el campo de los derechos de pensión. No cabe duda de que tal regulación ofrece para el cónyuge divorciado una mayor tutela y protección de sus derechos, salvaguardando, en último término, su situación económica.

Por otra parte esta normativa va a influir notablemente en la fijación de la pensión de separación y divorcio prevista en el art. 97; el Juez a la hora de precisar dicha pensión, no podrá olvidar los posibles derechos adquiridos que, conforme a esta regulación,

pueden corresponder al cónyuge divorciado o, en su caso, la pérdida de los mismos o su baja cuantía.

H) El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge

Esta circunstancia, última de la enumeración, configura el grupo de las que en páginas anteriores hemos calificado de alimenticias. El legislador español ha pretendido eludir en todo momento cualquier referencia al carácter alimenticio de la pensión por desequilibrio económico; no obstante, la inclusión de estos criterios: "necesidades" y "recursos" -típicamente alimenticios- la dotan de un cierto cariz de este tipo aún cuando no condicionen de forma determinante su naturaleza jurídica (267).

La importancia que en la determinación de la pensión adquieren, tanto el caudal y medios económicos

(267) En relación con la prestación compensatoria francesa en la cual el legislador obliga a atender a las necesidades y a los recursos de los cónyuges, HUET-WEILLER dice que "esta referencia a las necesidades y a los recursos crea una ambigüedad en el régimen de esta pensión, pues parece remitirse a la pensión alimenticia; en realidad, no es así, ya que el estado de necesidad no condiciona la concesión de esta pensión y sí en el caso de la

como las necesidades de uno y otro cónyuge, queda fuera de toda duda. En opinión de LOPEZ ALARCON (268), "por aquí debió comenzarse la enumeración de los índices valuatorios de la pensión, porque si no disponen de caudal ni de medios económicos los cónyuges o es tal su penuria que sóloamente hay desequilibrio en la miseria, lo que la Ley ofrece es un amargo cuadro para la inspiración de los humoristas".

Esta idea ha prevalecido también en la mente de los Tribunales; la Sentencia de 27 de octubre de 1983 (269) lo confirma al decir que, "...aquellos datos objetivos contemporáneos a la terminación de la relación matrimonial (empeoramiento temporal y personal) y los anteriores y posteriores, a esa finalización, deben siempre atender y están decisivamente condicionados por las

alimenticia, y, por otro lado, las necesidades no intervienen en el nacimiento de esta pensión, sino que sirven únicamente para medir su cuantía combinadas con otros elementos..." HUET-WEILLER, D.: "Les effets du divorce dans le nouveau droit français, en el V. colectivo de nouveau droit de Divorce en Allemagne et en France. París, 1979, op. cit., p. 58, citado en GARCIA CANTERO: "Comentarios..." op. cit., p. 435.

(268) LOPEZ ALARCON: op. cit., p. 360.

(269) Sent. A.T. de Palma de Mallorca de 27 octubre 1983. R.G.D., 1984, p. 925.

posibilidades económicas de quien debe prestar la pensión compensatoria y por las necesidades de quien debe recibirla (nº 8 del art. 97) convirtiéndose así éste, en elemento fundamental y preferente para cuantificar el montante de la pensión a conceder".

La determinación del caudal y medios económicos y de las necesidades de uno y otro cónyuge obliga al órgano judicial a realizar un pormenorizado examen de las condiciones económicas de los esposos. Tal examen, sin embargo, ha sido ya realizado a la hora de precisar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio origina en la posición económica de alguno de los esposos; consecuentemente puede decirse que, en principio, estos criterios alimenticios quedan enmarcados dentro del propio supuesto de hecho de atribución de la pensión; esto es, dentro del desequilibrio económico. Son estos datos -como dicen LASARTE Y VALPUESTA- los que indican de forma más segura cuál puede ser el desequilibrio económico producido por la separación o el divorcio (270).

Efectivamente, pienso que el Juez en el momen-

(270) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 765.

to de precisar si procede o no la entrega de una pensión por existir un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, tiene que haber tenido en cuenta el caudal y los medios económicos de uno y otro esposo; la duda surge respecto a las necesidades: el Tribunal ¿deberá tomar en consideración para la atribución de la pensión las necesidades de ambos cónyuges?. La respuesta, entiendo que ha de ser afirmativa en relación a las del esposo potencialmente acreedor de la pensión, por cuanto que estas necesidades quedan englobadas y forman parte del propio desequilibrio económico que la ruptura del vínculo matrimonial puede producirle.

¿Qué sucede con las necesidades del cónyuge deudor de la pensión?, ¿habrán sido ya valoradas por el Juez al momento de decretar la correspondiente deuda?. Considero que las necesidades del cónyuge deudor no es un dato que forme parte integrante del supuesto de hecho de atribución de la pensión; el Juez para decretar si procede o no la entrega de la misma, apreciado un desequilibrio económico notable en la posición del esposo acreedor en relación a la del deudor, procederá sin más a atribuir en favor de aquél la correspondiente pensión. Es una vez fijada su atribución cuando, y al objeto de delimitar su cuantía, habrá de tener en cuenta las necesidades del cónyuge deudor. Como dice GARCIA

(271) "el Juez no podrá fijar una pensión cuyo abono arruine al obligado, sino que debe estar dentro de sus posibilidades económicas; es obvio que para fijarla habrá de tener en cuenta las necesidades derivadas del posdivorcio; no parece, en cambio determinante atender a las necesidades del acreedor de la pensión, dado que ya habrán sido tenidas en cuenta al declarar que le asiste tal derecho".

El ex-cónyuge deudor de la pensión, una vez decretado el divorcio, puede venir gravado por otras cargas u obligaciones que harían que una excesiva cuantía le situara en una penosa situación; situación que, en último término, devendría injusta. Así, por ejemplo, la intención del ex-cónyuge deudor de contraer un nuevo matrimonio y formar una familia, son circunstancias a las que el Juez deberá atender para fijar la pensión consiguiente al divorcio (272).

(271) GARCIA CANTERO: op. cit., p. 436.

(272) Acerca del tema dice VALLADARES que "la pensión encaminada a conservar la posición económica que se disfrutaba durante el matrimonio, puede suponer la imposibilidad práctica de que el cónyuge obligado a pagarla constituya una nueva familia. Cosa que para un sector de opinión, puede ser incluso deseable cuando el obligado a pagarla es el cónyuge culpable. Pero resulta absurdo desde todo punto de vista cuando la culpabilidad es compar-

Al inicio de este capítulo, el objeto de delimitar lo que en el Ordenamiento italiano había de entenderse por "condiciones económicas de los cónyuges" para la determinación del "assegno per divorzio" previsto en el art. 5 de la Ley de 1970, veíamos cómo la Jurisprudencia da una interpretación amplia a esta expresión, incluyendo en ella las obligaciones que el cónyuge deudor tuviera a su cargo; a tal fin, deberán ser objeto de valoración -debido a su relevante incidencia en las condiciones económicas de los esposos- las obligaciones externas que cada uno de ellos hubiera adquirido frente a terceras personas. Adquieren significación, tanto las obligaciones alimenticias que el cónyuge deudor de la pensión tuviera contraídas frente a los componentes de una segunda familia, como también las que surjan como consecuencia del mantenimiento de una persona con la que conviva "more uxorio".

El Tribunal de Apelación de Brescia en Sentencia de 16 de febrero de 1972 (273) afirmó que, "el

tida o si ambos cónyuges son inocentes sobre todo si se tiene en cuenta que, mientras tanto, el cónyuge que recibe la pensión no se le impone la obligación de intentar mejorar la fortuna a través de su trabajo o de su acceso a una superior cualificación". VALLADARES: op. cit., p. 429.

(273) App. Brescia 16 febbraio ...cit.

Juez, al valorar las condiciones económicas de las partes, no puede obviar las obligaciones de naturaleza económica que recaen por Ley sobre uno de los cónyuges para el mantenimiento de otros familiares, de forma que, cuando el ex-cónyuge obligado a entregar la pensión haya contraído legítimamente un nuevo matrimonio, deberá procederse a un atemperamiento recíproco entre los derechos de los componentes de la familia anterior y las obligaciones que a su cargo surjan en la formación de la nueva familia" (274).

Acerca de la obligación que el ex-cónyuge deudor puede tener contraída, no respecto a su cónyuge legítimo sino con la persona con la que convive, destaca la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Casación italiano de 27 de noviembre de 1976 (275), a tenor de la cual: "el Juez, en la determinación de las condiciones económicas del marido, puede tener en cuenta los gastos que pesan sobre el mismo para el mantenimiento de una mujer con la que convive "more uxorio". Tal convivencia una vez cesados los efectos civiles del matrimonio, no constituyen ilícito y satisface una normal exigencia de

(274) Ver p. 40.

(275) Cass. 29 novembre 1976... cit.

asistencia moral y material, y por eso, deben ser tomadas en consideración a los fines del cálculo de las rentas efectivas del marido (276).

Queda patente a la vista de estas decisiones, cómo la tendencia de la Jurisprudencia italiana se inclina a otorgar un carácter relevante, para la determinación de la cuantía del "assegno", a las cargas u obligaciones que el deudor de la misma tenga adquiridas frente a terceras personas ajenas al divorcio.

A la misma solución ha de llegarse en el Ordenamiento español en virtud de la circunstancia octava del art. 97; al aludir expresamente a "las necesidades de uno y otro cónyuge", obliga al Juez a tomar en consideración, para determinar la cuantía de la pensión, las obligaciones y cargas que pesen sobre el cónyuge deudor. De esta forma, al margen de la culpabilidad o inocencia de éste, puede decirse que en el concepto de "necesidades del cónyuge deudor" han de tener cabida toda clase

(276) En relación con las necesidades del cónyuge acreedor, nos planteábamos en páginas anteriores (ver p. 42) la cuestión de si a estos efectos debería tomarse en consideración el hecho de que el cónyuge beneficiario de la pensión fuera sujeto activo de una obligación alimenticia por parte de su familia de origen; esto es, que fuera mantenido y

de obligaciones que pesen sobre aquél y que incidieran directamente sobre su capacidad económica.

Siendo ésto así, mayores dudas se plantean en los casos en que dichas cargas y obligaciones no existieran al momento de dictarse el divorcio y la consiguiente pensión, sino que sobrevinieran posteriormente; ¿qué sucede en los casos en que habiendo el Juez decretado una cuantía de pensión sin tener en cuenta -por no existir- la "carga" de un nuevo cónyuge e incluso de unos hijos, si, posteriormente y ante la presencia de éstos, el cónyuge deudor se ve incapacitado económicamente para atender ambas obligaciones: la del cónyuge divorciado y la de la nueva familia?, ¿podrá el Juez, en atención a esta carga sobrevenida, reducir o, incluso suprimir la pensión al cónyuge divorciado?, ¿qué interés ha de considerarse superior, el del esposo divorciado o el de la nueva familia legítima?.

acogido por ella. La tendencia de los tribunales se orienta en el sentido de no atribuir trascendencia a este apoyo aún cuando este se prestase de manera estable, continua y suficiente. Entiendan que dicha ayuda implica una ventaja referible a la mera generosidad y solidaridad de los parientes sin que tengan relevancia en la determinación de la pensión.

Estos interrogantes no han sido solucionados por el legislador español, pudiendo ocasionar en la práctica numerosos problemas de difícil solución (277).

Puede decirse -a la vista del art. 100 C.c.- que la presencia sobrevinida de un nuevo matrimonio, habrá de ser tenida en cuenta por el Juez a efectos de una posterior revisión de la pensión. A tenor de dicho precepto: "Fijada la pensión y las bases de actualización de la sentencia de separación o de divorcio. Sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge". Entiendo que dentro del concepto de alteraciones sustanciales", puede quedar in-

(277) La supresión de la pensión ha sido prevista en diversos Ordenamientos en los supuestos en que las circunstancias de alguno de los esposos cambiarán. Así, el Código suizo en su artículo 153 párrafo segundo, dispone que: "La pensión alimenticia entregada a título de socorro será suprimida o reducida a petición del deudor, si el que tiene derecho a ella ya no la necesita o si la precaria situación en que se encontraba ha desaparecido; también podrá serlo si la pensión no es proporcional con las facultades del deudor".

En el mismo sentido, el art. 31 de la "Matrimonial Causes Act" de 1971, prevé la posibilidad de que la pensión entregada después del divorcio, pueda ser modificada o incluso suprimida, a petición de uno u otro cónyuge. Aquél que la solicite, deberá aportar al Tribunal una prueba de la sobrevenida de un cambio en las circunstancias iniciales (por ejemplo un aumento o una disminución de los recursos de uno u otro esposos) en virtud de la

cluida la carga económica que para el deudor de la pensión supone el contraer nuevo matrimonio, máxime, en el caso de que existan hijos. El cónyuge perjudicado podrá en tales casos dirigirse al órgano judicial al objeto de que proceda a una revisión de la pensión, destinada a reducir su cuantía en proporción a las cargas sobrevenidas.

Sentado ésto, el interrogante que queda por solucionar y que más problemas puede plantear, es el siguiente: ¿podrá esta reducción llegar a tal punto que, dando una primacía absoluta a la nueva familia, quede suprimido totalmente el derecho a pensión del cónyuge divorciado?.

Como dije, nuestro legislador no ha previsto tales situaciones. LUNA SERRANO (278), entiende que "faltando en las nuevas normas del Código civil una regla sobre grabación en cuanto a las obligaciones diversas a satisfacer por razón de la pensión, al modo que se ha previsto en otros Ordenamientos, habrá de estar

cual se justifique la modificación o la supresión de la decisión del Tribunal.

(278) LUNA SERRANO: op. cit., p. 363.

a las normas generales cuya aplicación no resultará siempre suficiente o satisfactoria para la composición de los intereses en juego".

Pienso, que en caso de que en la nueva familia existieran hijos, la solución ha de dirigirse en el sentido de dar preferencia a los créditos alimenticios de éstos sobre los del cónyuge divorciado. Cuando el caudal y los medios económicos del ex-cónyuge deudor no fueran suficientes para satisfacer las necesidades de la pensión del divorciado y los alimentos de los hijos, prevalecerán los derechos de éstos.

Tal solución encuentra apoyo en diversas normas de nuestro Código. Así, por ejemplo, el derecho a la legítima que la Ley obliga a reservar a los herederos legitimarios. Este derecho no puede verse afectado por la pensión del esposo divorciado. Así lo dice expresamente el párrafo 2º del art. 101 C.c. el cual, después de prever con carácter general que "el derecho a pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor", continúa diciendo en su inciso segundo, que "...No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o la supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima".

Claramente vemos aquí una manifestación de la protección que la Ley concede a los derechos de los hijos y demás legitimarios, haciéndolos prevalecer sobre los del cónyuge divorciado, a percibir la pensión. Como dice GARCIA CANTERO (279) "para nuestro derecho vigente resulta claro que la pensión por desequilibrio es una carga o gravamen de la sucesión del ex-cónyuge obligado a su pago, que va a reducir la parte de libre disposición, pero está limitada por el derecho de los legitimarios (entre los que se incluyen los hijos del matrimonio disuelto, los habidos en el nuevo matrimonio del divorciado y el segundo cónyuge)". El caudal del cónyuge deudor ha de ser repartido por igual entre todos los hijos, ya lo sean de aquél con su ex-cónyuge, ya lo sean con el esposo actual (280).

Solucionado esto, el problema radica en la determinación del derecho preferencial entre el cónyuge divorciado y el actual.

En el Ordenamiento alemán la cuestión ha sido

(279) GARCIA CANTERO: op. cit., p. 445.

(280) La misma solución ha sido adoptada en la legislación alemana. Vid. parágrafo 1.582.

resuelta en el sentido de otorgar un carácter preferencial a los derechos del esposo divorciado sobre los del esposo actual. Los derechos del nuevo cónyuge, según dispone el parágrafo 1.582 B.G.B., ocupan en principio, el segundo rango con relación a los del cónyuge divorciado.

Contrariamente, nuestro legislador no ha resuelto el problema, hay que decir, que en la hipótesis planteada entran en conflicto, por un lado, los derechos del cónyuge divorciado que le han sido atribuidos por Ley a través del artículo 97 C.c., y por otro, los derechos del cónyuge actual protegidos a través de diversas normas por nuestro Ordenamiento. En concreto, entrarían en conflicto el art. 97 C.c. y -entre otros- el art. 1.318, a tenor del cual "los bienes de los cónyuges están obligados al levantamiento de las cargas del matrimonio", y el artículo 68, que contempla entre los deberes personales del matrimonio, el deber de "socorro y ayuda mutua".

El hacer prevalecer sin más los derechos de uno u otro, podría llevar en determinados casos a situaciones injustas.

Pensemos, como ejemplo, en el caso de un cónyuge que después de largos años de matrimonio dedicado

a la familia, colaborando con su cónyuge en su actividad profesional, obtiene a raíz del divorcio solicitado por el otro esposo, una pensión por desequilibrio económico; ésto es, obtiene el derecho a pensión por haber concurrido en él gran parte de las circunstancias mencionadas en el art. 97 y en consecuencia haber experimentado en razón de la ruptura matrimonial un notable desequilibrio económico. El montante de esta pensión no es muy elevado por no disponer el esposo deudor de un cuantioso capital; no obstante, tal pensión constituye para el esposo divorciado, acreedor de la pensión, la única fuente de ingresos y su único medio de sostenimiento. Posteriormente, el cónyuge deudor contrae matrimonio, necesitando para mantener su nuevo hogar la cuantía que integra la pensión de su antiguo cónyuge divorciado.

Ante un caso similar: ¿sería de justicia que la pensión atribuida al esposo divorciado a través del art. 97, fuera suprimida en razón de las nuevas necesidades del cónyuge deudor, dejándole totalmente desprovisto de medios económicos con los que subsistir?, pero por otra parte, ¿sería igualmente justo que en razón de la carga que pesa sobre el ex-cónyuge deudor de entregar una renta periódica, quedaran eliminadas para aquél las posibilidades de iniciar una nueva vida mediante la creación de una nueva familia?.

Reitero nuevamente, que la cuestión es ardua y de difícil solución; no cabe duda de que la protección a la familia ocupa en lugar prioritario en la jerarquía de valores prevista en nuestro Ordenamiento. No olvidemos que el art. 39 de la Constitución dice expresamente que "los poderes públicos aseguran la protección social económica y jurídica de la familia".

La solución a que se llega en el Derecho alemán, como vimos, es la de conceder preferencia a los derechos del esposo divorciado sobre los del nuevo cónyuge. El hecho de que el deudor hubiera contraído un nuevo matrimonio no es tenido en cuenta para evaluar su capacidad económica.

FOSAR BENLLOCH (281) considera que una tal solución es inadmisibles en nuestro Derecho; afirma que "...esta solución no es necesariamente la mejor porque puede llevar a iniquidades. El Juez debe equilibrar la balanza evitando la ruina económica a consecuencia del pago de prestaciones posteriores al divorcio o a la separación. En el peor de los casos, la pensión no será satisfecha por aplicación del principio "a lo imposible

(281) FOSAR BENLLOCH: op. cit., p. 416..

...está obligado". No hay que olvidar que sería anti-nupcial una regulación de esta pensión al pie de la letra, que arrojará un peso insoportable sobre un cónyuge que disolviera o relajara su vínculo: sobre no contraer segundas nupcias el divorciado por temor a una experiencia desastrosa como la primera, quizá disminuya la nupcialidad en amplias capas sociales -por no decir la procreación- si la interpretación judicial del precepto es excesivamente rígida... Las prestaciones de divorcio pueden agotar las posibilidades financieras del divorciado, de contraer otro matrimonio y disuadir de la nupcialidad...".

Efectivamente, no cabe duda de que si se negara la posibilidad de supresión o de extinción de la pensión, en los casos en los que el deudor le fuera excesivamente gravoso soportar el peso de la deuda por haber contraído nuevas obligaciones, tales como un nuevo matrimonio, se recortaría y limitaría claramente la tasa de nupcialidad; nadie se arriesgaría a constituir una nueva familia a sabiendas de que, en virtud de la carga que sobre él pesa, no va a poder atender desahodamente sus necesidades y mantener dignamente a su familia.

No obstante ésto, difiero de la postura mantenida por FOSAR BENLLOCH (282) acerca de la posibilidad de extinción automática de la deuda a favor del esposo

divorciado. Pienso que no puede mantenerse de forma absoluta la posición de que la pensión por desequilibrio, una vez entregada al esposo divorciado pueda extinguirse por el solo hecho de que el obligado al pago contraiga un nuevo matrimonio; ello porque en principio el Código nada dice al respecto; las causas de extinción enumeradas en el art. 101 parecen tener un carácter taxativo, y en él nada se dice del "matrimonio del cónyuge deudor" como causa de extinción (283); no hay, pues, motivos para suponer que dicha causa pueda tener cabida dentro de aquel artículo.

Ahora bien, ante la posibilidad de que tal solución pueda coartar la disposición del cónyuge deudor para contraer nuevo matrimonio, pienso, que ante la solicitud de extinción de la deuda por parte de éste, en razón de la asunción de una nueva carga, el Juez deberá proceder a revisar la pensión; de esta forma, si el desequilibrio económico, origen de la pensión, ha desaparecido en el esposo divorciado acreedor de la misma, el órgano judicial deberá proceder -en aplicación del art. 101- a la extinción de la pensión. Dicho artí-

(282) Ibídem.

(283) El art. 101 expresamente prevé como causa de extinción "el nuevo matrimonio del acreedor" pero nada dice del del deudor.

culo contempla entre las causas de extinción "el cese de la causa que lo motivó", y en consecuencia, el cese del desequilibrio económico.

De forma distinta, en los casos en que la deteriorada situación del esposo acreedor de la pensión se mantenga, considero que conforme a la actual normativa no puede admitirse que el nuevo matrimonio del cónyuge deudor o cualquier otra carga sobrevenida, conlleve la extinción automática de la deuda.

En cualquier caso, entiendo que estas penosas situaciones podrían evitarse si se ampliara el campo de protección al cónyuge divorciado por parte de los poderes públicos. Así, por ejemplo, una mayor tutela de la Seguridad Social evitaría gran parte de los conflictos que la disolución del vínculo matrimonial puede llevar aparejada sobre todo para aquellas personas con escasa capacidad económica. Como vimos en páginas anteriores, esta protección dista mucho de alcanzar la ofrecida por otros Ordenamientos próximos al nuestro. Sería deseable que nuestra legislación articulara, a través de la ampliación del campo de atribución de pensiones derivadas del Estado, un efectivo mecanismo de protección y defensa del cónyuge divorciado en virtud del cual se le permitiera obtener una autónoma y propia fuente de ingresos

con independencia de su ex-cónyuge y con independencia, igualmente, de que le fuera otorgada o no, la pensión por desequilibrio económico prevista en el art. 97.

CAPITULO III

MODALIDADES DE PAGO DE LA PENSION

Fijado el concepto y los presupuestos determinantes para el otorgamiento de la pensión, se hace necesario señalar cuáles son las modalidades que el pago de la misma puede adoptar.

Puede decirse, que en principio, y con carácter general, son dos las formas en que el pago de una prestación consiguiente al divorcio puede hacerse efectivo:

- 1º. Pago de la pensión "a tanto alzado" mediante la entrega de un capital.
- 2º. Pago de la pensión periódicamente a través de una renta.

Los diversos Ordenamientos, no han asumido con carácter único y excluyente uno u otra; por el contrario, la tendencia de las legislaciones comparadas se orienta en el sentido de acoger uno de ellas con carácter principal y otra subsidiariamente (284). Tal tenden-

(284) Así, por ejemplo, la fórmula seguida en Alemania en virtud del parágrafo 1.585 B.G.B. establece que

cia tiene su razón de ser, o bien en la voluntad de las partes, o bien en la falta de recursos del ex-cónyuge obligado al pago.

En este orden de ideas, nuestro Código contempla como forma normal de pago de la pensión por desequilibrio económico, la de una renta satisfecha periódicamente (285), y como forma excepcional, la entrega de un capital.

la forma normal de pago del derecho de mantenimiento se efectúa mediante el pago de una renta en dinero; no obstante, el acreedor puede pedir la entrega de un capital, si existe un motivo importante para ello y en la medida en que ello no constituya para el deudor una carga excesivamente pesada.

La misma línea es seguida por la Ley Austriaca de 6 de julio 1938, modificada por la de 26 de junio 1945, sobre matrimonio y divorcio (Ehegesetz). En su art. 70 se establece que la pensión debe ser en dinero, generalmente por entregas mensuales anticipadas. No obstante, por una razón importante y con el consentimiento del deudor, puede ser entregada una suma "a tanto alzado" en lugar de la pensión satisfecha mensualmente. Por contra, el Sistema francés si bien tampoco adopta una de estas dos formas, con carácter excluyente, ha acogido la fórmula contraria; esto es, la de prever como regla general la satisfacción de la prestación en capital y subsidiariamente el pago de una renta (ver arts. 274 ss. Code).

- (285) LOPEZ ALARCON opina que "el artículo 97 regula la prestación compensatoria como una obligación continuada de alimentos". LOPEZ ALARCON "Efectos de la Sentencia de nulidad, separación y divorcio", op. cit., p. 264; por su parte SANCHO REBULLIDA

Esta denominación, si bien no se recoge de forma expresa en la letra del Código, puede deducirse de los diversos preceptos que regulan la pensión. Así, en el art. 99 se prevé, con carácter excepcional, la posibilidad de sustituir la pensión por otras formas de pago tales como la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero; por otra parte, el art. 97 en su último inciso dispone que en la resolución judicial se han de fijar las bases de actualización de la pensión.

A la vista de estas normas, así como de la propia denominación: "pensión", que el legislador ha acogido para designar esta institución, puede afirmarse que en su mente latió la idea de que la forma general de satisfacción del pago de la pensión fuera la de una renta periódica; ello sin perjuicio de que, como ya dije, quepa, a voluntad de los interesados, la sustitución de dicha renta por otras modalidades de pago distintas.

considera que "en España, la voluntad del legislador está clara en orden a la fijación de una pensión de periodicidad razonable: por meses en general, aunque en algunos casos las circunstancias económicas pueden aconsejar, para asegurar el cobro, períodos más largos...".SANCHO REBULLIDA, "Elementos de Derecho civil...", op. cit., p. 264.

La ley seguida por el Código civil español se aleja diametralmente de la adoptada por el que sustancialmente ha sido su más fiel modelo: el Code civil francés.

I. PAGO DE LA PENSION "A TANTO ALZADO" A TRAVES DE UN CAPITAL: SISTEMA ACOGIDO COMO PRINCIPAL POR EL DERECHO FRANCES PARA LA SATISFACCION DE LA PRESTACION COMPENSATORIA

El legislador francés, contrariamente al español, ha acogido como forma normal de satisfacción del pago de la "prestación compensatoria" regulada en el art. 270 Code, la de un capital; éste, mediante decisión judicial puede ser ejecutado a través de las diversas modalidades previstas expresamente en la Ley. Así lo recoge expresamente el Code en sus artículos 274 y 275 respectivamente. A tenor del primero de ellos: "Cuando la consistencia de los bienes del esposo deudor de la prestación compensatoria lo permita, ésta tomará la forma de un capital". Por su parte, el art. 275 dispone que: "El Juez decide las modalidades según las cuales se ejecutará la atribución o la afectación de los bienes en capital:

1. Entrega de una suma de dinero.
2. Abandono de bienes "en nature", muebles o

inmuebles, si bien ~~se le~~ ~~se~~ en usufructo, decretando el Juez cesión forzada en favor del acreedor.

3. Depósito de valores productivos de rentas en manos de un tercero encargado de entregarlas al esposo acreedor de la prestación hasta el plazo fijado.

Algún sector de la doctrina francesa se ha cuestionado el por qué de la preferencia que su legislador ha manifestado en favor de la modalidad de pago de la prestación "a tanto alzado" o en capital. MASSIP, (286), entiende que "esta preferencia encuentra su razón de ser en la necesidad de evitar el encuentro constante entre el esposo acreedor y el ex-cónyuge deudor, al cual da lugar la regulación de la pensión alimenticia".

En líneas generales, la preocupación de los autores de la Ley se ha dirigido en el sentido de evitar las dificultades -que con tanta frecuencia se dan en el momento presente- para que el esposo divorciado pueda obtener el pago de las correspondientes pensiones (287).

(286) MASSIP: op. cit., p. 221.

(287) Vid. LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 60.

No obstante ésto, a pesar de la intención de los legisladores, la mayor parte de la doctrina coincide en que la solución adoptada es poco realista; ello por cuanto que la constitución de un capital exigirá en la mayor parte de los casos una elevada capacidad económica en la parte deudora de la obligación (288). Esta solución tiene, por otra parte, la ventaja de solucionar el problema "de una vez por todas" (289) dando así por finalizada de forma definitiva la relación forzada a que los ex-cónyuges se ven sometidos como consecuencia de la satisfacción de una renta periódica. Habiendo quedado extinguido el vínculo entre los esposos, sería deseable que quedaran también zanjadas aquellas relaciones cuya finalidad tuviera un carácter meramente patrimonial.

(288) El ponente de la Asamblea Nacional presintiendo la escasa aplicación práctica que esta modalidad iba a tener se expresó diciendo que "la entrega en capital quedará "marginal", tendrá "un uso limitado"; en el mismo sentido, el Senador Jacques Thyraud estimó "que ésta modalidad no podría ser efectuada en el 80% de los casos. Así pues, esta forma prevista con carácter general, se aplicará en muy pocos casos, mientras que la modalidad de renta, prevista desde el punto de vista jurídico como excepción, corresponderá a los casos más frecuentes; lo que no deja de ser una paradoja". Vid. LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 60.

(289) GROSLIERE: op. cit., p. 151.

Esta forma de pago es conocida en el Derecho francés con la denominación de "la maintenance". Tal nominación debe su origen a CARBONNIER, el cual, en el Anteproyecto de la Ley de 11 de julio 1975 propuso designar a la "prestación compensatoria" satisfecha en forma de capital con este nombre. El Consejo de Estado, consciente de la necesidad de una palabra específica para configurar la nueva institución, propuso la de "dotación". A dicha proposición se le objetó como inconveniente, el que evocaba la institución dotal, y parecía un tanto ridículo dotar a un esposo en razón del divorcio. Finalmente, el Gobierno, renunciando a encontrar un término específico se conformó con la inclusión en la Ley de la palabra "capital". No obstante ésto es común en la doctrina francesa, la utilización de la nomenclatura propuesta por CARBONNIER; esto es: "la maintenance" (290).

Por disposición expresa del art. 275 Code, esta prestación en capital, o "maintenance" puede adoptar

(290) CARBONNIER aduce en favor de "la maintenance", que tiene la ventaja de dejar bien sentado el carácter específico de la institución. Esta figura viene a ser una especie de patrimonio afectado a un fin, cual es el de mantener en la medida de lo posible la situación del esposo divorciado. CARBONNIER: "La question du divorce". D. 75, Chron. XX, p. 120, citado en MASSIP: op. cit., p. 222.

diversas modalidades, siendo el órgano judicial el que fija la forma en que ha de ejecutarse la atribución o la afectación de bienes en capital.

Tal y como veíamos, las posibilidades se reducen a tres:

1. Entrega de una suma de dinero.
2. Abandono de bienes "en nature", muebles o inmuebles, entregados en usufructo, declarando el Juez cesión forzada en favor del acreedor.
3. Depósito de valores productivos de rentas en manos de un tercero encargado de entregar las rentas al esposo acreedor de la prestación hasta el término fijado.

Lo primero que llama la atención en el sistema previsto por el legislador francés, es el hecho de haber concedido al juzgador la facultad de disponer a su libre arbitrio cuál ha de ser la modalidad en que ha de procederse a la atribución o afectación de los bienes que, en último término, han de servir para la satisfacción del pago de la prestación en capital.

Esta potestad, pienso que en todo caso ha de estar limitada, tanto por la voluntad de las partes co-

mo, y sobre todo, por los medios económicos de que disponga el cónyuge deudor así como de las necesidades del acreedor. Es indudable, que el Juez a la hora de fijar una u otra modalidad de pago, no puede desconocer la situación económica en la que se encuentran los esposos; y no sólo ésto, sino que, como apunta GROSLIERE (291) "deberá, en cierta medida, tener en cuenta sus opiniones".

Debe dejarse claro, que si bien es el Juez quien a la vista de la capacidad económica de los cónyuges decide cuál es la modalidad de pago en capital -entre las tres previstas en el art. 275-, ello no significa que vaya implícita en ésta facultad, la determinación de cuáles han de ser los bienes que deberán atribuirse o afectarse para la constitución del mismo. El Juez decide la modalidad, pero no el contenido o, en otras palabras, fija la forma pero no el fondo.

Así parece entenderlo también MASSIP (292) cuando dice, que "conviene recordar que, conforme a las

(291) GROSLIERE: op. cit., p. 152.

(292) MASSIP: op. cit., p. 223; ver también VOULET, J.: "Toutes les questions pratiques sur le divorce et la separation de corps. Collection française. Editions J. Delmas. Paris, 1981, p. 6.

reglas del procedimiento civil que prohíba al Juez fallar 'ultra petita', esto es, más allá de lo pedido, no podrá éste, atribuir o afectar ciertos bienes al cónyuge acreedor de la prestación compensatoria sino en los casos en que dicha atribución o afectación haya sido pedida por éste cónyuge o bien, si ha sido ofrecida por el cónyuge deudor".

Las modalidades de ejecución previstas en el art. 275 tienen un carácter taxativo.

La primera de ellas, la entrega de una suma de dinero, constituye la forma de pago en capital por excelencia. Supone una atribución en propiedad en virtud de la cual se concede al esposo acreedor la posibilidad de disponer al momento del divorcio de un capital -entendiendo por tal suma de dinero- con el que poder atender a sus necesidades inmediatas y quizá, mediante una buena administración, también a las futuras.

Frente a los posibles inconvenientes, las ventajas de esta solución son muchas. Destaca, entre otras, la comodidad y rapidez con que los esposos pueden ver concluidas sus relaciones patrimoniales una vez disuelto el vínculo matrimonial. En contrapartida, se aduce la falta de recursos económicos, ya que en la mayor parte de los casos tal solución exige la disponibilidad de im-

portantes sumas de dinero en la parte deudora de la obligación.

Como una variante de esta modalidad, aparece la posibilidad de hacerse llegar al esposo acreedor de la prestación, indirectamente, una suma de dinero previamente entregada por el deudor a otra entidad. Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que el esposo deudor de la prestación compensatoria entregue una suma de dinero a una Compañía de Seguros o bien a la Caja Nacional de Previsión, quedando estos Organismos encargados de suministrar una renta al esposo acreedor, ya sea durante un período de tiempo limitado, ya a título vitalicio (293).

Tanto esta forma de pago como la prevista en segundo lugar por el art. 275, han sido contempladas por nuestro legislador, si bien, no como regla general sino como posibilidades de sustitución de la pensión.

(293) Esta posibilidad fue sugerida por el Ministro de Justicia francés al Senado con estas palabras: "La entrega de una suma de dinero podría hacerse, por ejemplo, a través de una Compañía de Seguros o de un establecimiento especializado, quien tomaría a su cargo la obligación de entregar una renta al cónyuge acreedor de la prestación; renta que, por otra parte habrá de ser revalorizada cada año según la técnica habitual en materia de Seguro de Vida".

En concreto, la segunda modalidad de capital -el usufructo de bienes muebles o inmuebles pertenecientes al esposo deudor de la prestación- encierra diversas peculiaridades. Su análisis, debido a la equivalencia entre esta modalidad y la prevista como forma sustitutoria en el art. 99 del Código civil, lo haré con más detenimiento en páginas siguientes, al estudiar las formas de pago de pensión acogidas en nuestro Ordenamiento.

Basta señalar ahora, que por dictamen expreso del art. 275, el juicio en virtud del cual se atribuye al esposo acreedor el usufructo de ciertos bienes muebles o inmuebles, ha de operar una cesión forzada en favor de éste. En particular, esta forma de pago puede resultar oportuna a propósito de la vivienda familiar, cuando ésta pertenezca en propiedad al deudor o bien sean ambos cónyuges copropietarios (294).

(294) En Escocia, Le "Sucesion (Scotland) Act" de 1964, contiene las disposiciones relativas al divorcio, las cuales se aplican, de una parte a los efectos del divorcio sobre los bienes de los cónyuges y, de otra a las medidas pecuniarias que los Tribunales pueden acordar. El demandante puede solicitar al Tribunal, que el demandado le entregue, o bien una suma de capital, o una renta, o las dos cosas a la vez. La entrega de capital sólo podrá ser pedida cuando el demandante, aún disponiendo de rentas suficientes, tiene necesidad de procurarse una vivienda para él o en su caso para los hijos nacidos del matrimonio. En los casos en que un ma-

Se contempla en tercer lugar, el depósito de valores productivos de rentas en manos de un tercero encargado de entregarlas al esposo acreedor de la prestación durante un plazo fijado.

Se trata, como dice BENABENT, de valores mobiliarios depositados en un Banco o a un Agente de Cambio, o incluso a un Notario. Con tal solución el deudor podrá constituir el capital en varias entregas escalonadas en un plazo de dos años como máximo (295).

trimonio haya tenido corta duración, si el demandante puede ganarse la vida, la entrega a tanto alzado de una suma de dinero, es considerada como la solución más adecuada, siempre que el demandado disponga de capital suficiente. Ver "Aperçues législations des Etats membres en matière de paiement des pensions alimentaires entre conjoints divorcés" ...cit., pp. 60 ss.

- (295) En su opinión, esta fórmula, que no parece haber sido muy utilizada en los primeros años de aplicación de la Ley, presenta una ventaja considerable, pues permite la entrega única del lado del deudor que excluye las dificultades de las entregas periódicas mientras que el acreedor va a recibir los pagos de forma regular y sucesiva, que evita las inquietudes de una gestión consecutiva a la percepción del capital en una sola vez. BENABENT: op. cit., p. 255. En opinión de GROSLIERE, el término utilizado por el texto es amplio; puede recaudar igualmente sumas de dinero que el depositario quedará encargado de hacerlo productivo. GROSLIERE: op. cit., p. 223.

... la enumeración prevista en el art. 275 constituye un "numerus clausus", nada impide que las partes libremente puedan pactar cualquier otra modalidad de pago en atención a sus necesidades, y sobre todo, en razón de su disponibilidad económica.

Como ya expuse en páginas anteriores, la forma de pago en capital que venimos analizando, puede ser sustituida en los casos en que el obligado al pago de la prestación carezca de medios suficientes para hacer frente a la misma en la forma prevista por el art. 275. Para estos casos, el legislador ha previsto la posibilidad de que la prestación pueda ser satisfecha en forma de renta. Esta modalidad adopta un carácter subsidiario respecto a la forma general de pago en capital.

El art. 276 formula tal solución subsidiaria: "En defecto de capital o si éste no es suficiente, la prestación compensatoria toma la forma de una renta". La duración de ésta viene prevista en el art. 276-1 a tenor del cual, "la renta es atribuida por una duración igual o inferior a la vida del esposo acreedor". Su montante está sometido a indexación, y será fijado de forma uniforme durante todo el tiempo que dure, pudiendo variar por períodos sucesivos en razón de la evolución probable de los recursos y las necesidades (párrafo se-

gundo, art. 276) (296).

La importancia que la modalidad de pago prevista por el Code Civil francés para la prestación compensatoria, alcanza en nuestro estudio, deviene -fundamentalmente a efectos comparativos- en razón de ser totalmente opuesto al seguido por nuestro Ordenamiento; en aquél la regla general es la de la satisfacción de la prestación a través de un capital, y la excepción la modalidad en forma de renta, mientras que en el nuestro, la regla general es la ejecución mediante una renta y, excepcionalmente, como forma sustitutoria, la satisfacción en forma de capital.

II. PAGO DE LA PENSION PERIODICAMENTE A TRAVES DE UNA RENTA: SISTEMA ACOGIDO COMO PRINCIPAL POR EL CODIGO CIVIL

Partiendo de la base de que, como anteriormente vimos, la forma normal de pago de la pensión por desequilibrio prevista en el art. 97 C.c. es la de una

(296) Vid. Ley nº 73 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire y Loi nº 75-618 du 11 juillet, 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires; cuyas disposiciones son aplicables a la recaudación de las rentas previstas en el art. 276.

renta periódica, tal anualidad puede ser modificada, bien por acuerdo de los cónyuges a través del Convenio regulador en los casos en que la separación o el divorcio sean solicitados de mutuo acuerdo, o bien, caso de haber sido fijada judicialmente, por acuerdo de los esposos homologado por el Juez, en virtud de la posibilidad de sustitución contemplada en el art. 99 C.c.

Nuestro Código no contempla una regulación específica y propia de la forma en que el pago de una pensión por desequilibrio ha de ser satisfecho. Surgen, así, numerosas dudas en torno al tema.

Podría plantearse, en primer lugar, la cuestión de cuál es el momento desde el que ha de ser exigido el pago de la pensión: el de la presentación de la demanda, o el de la resolución firme de la sentencia de separación o divorcio. La respuesta, debido al carácter dilatado que pueden presentar algunos procesos, es de gran importancia.

Podría pensarse que por analogía con la obligación de alimentos, el pago de la pensión, tal y como dispone el art. 148 C.c., ha de abonarse desde la fecha en que se interponga la demanda. Habría que decir, entonces, que el pago de la pensión por separación y divorcio tiene efectos retroactivos al momento de inter-

posición de la demanda

Tal solución, pienso que no es admisible. La deuda de alimentos regulada en los artículos 142 y siguientes y la pensión por desequilibrio prevista en el 97 y siguientes son instituciones distintas.

Partiendo de la base de que la obligación legal de alimentos entre cónyuges constituye uno de los efectos personales del matrimonio, esto es, una de las obligaciones jurídico-personales que el matrimonio impone a los esposos, puede decirse que a diferencia de lo que sucede en la pensión por desequilibrio, su presupuesto originario -el matrimonio- ya existe al momento de la interposición de la demanda. Por el contrario, tratándose de la pensión por desequilibrio, tal presupuesto -la separación o el divorcio- no han sido aún decretados al momento de interponerse la correspondiente demanda.

Se podría alegar cierta incoherencia entre esta tesis y la mantenida anteriormente acerca del momento en que ha de ser tenido en cuenta el desequilibrio económico. A lo largo de la exposición he sostenido, que el presupuesto básico de otorgamiento de la pensión es el desequilibrio económico que uno de los cónyuges experimenta como consecuencia de la ruptura matrimonio, es

decir, en el momento de la cesación de la convivencia y no el que sufre en el momento de dictarse la sentencia de divorcio. Podría decirse así, que tal desequilibrio ya se ha producido en el momento de la presentación de la demanda y que, por tanto, el pago de la pensión podría ser exigido desde aquél momento.

Tal interpretación no es correcta. Una cosa es el momento en que ha de ser apreciado el desequilibrio económico para el otorgamiento de la pensión, y otra muy distinta, el momento en que la pensión puede ser exigida; éste último, indudablemente, no puede ser otro que el de la sentencia firme de separación y divorcio. Estos son los presupuestos causales de la pensión, y sin ellos, aunque la cesación efectiva del vínculo haya originado un desequilibrio económico, no procederá el derecho a pensión puesto que la separación de hecho no da lugar al mismo.

A la vista de ésto puede afirmarse, que la pensión por desequilibrio económico, con independencia del momento en que aquél haya de ser apreciado para otorgarla, es ante todo un efecto del divorcio y la separación, y por tanto, como tal, no podrá ser exigida hasta que uno u otra sea decretado. El pago de la misma deberá ser abonado desde el día en que se dicte la sentencia de separación o divorcio.

A la misma solución se llegó en el Ordenamiento italiano a través de diversas decisiones de la Corte Suprema. Destaca la Sentencia de 8 de febrero de 1977 (297) en la que a su vez se mencionan otras decisiones en torno al tema. En ella se dice: "...La Corte de Casación ha afirmado reiteradas veces que la pensión prevista en el párrafo cuarto del art. 5 de la Ley 1 de diciembre 1970 n.º 898, incluso en el caso de que sea concedida con una función exclusivamente asistencial, tiene una disciplina jurídica distinta de aquella que rige en la obligación de alimentos, y empieza a contar desde el momento en que se pronuncia la sentencia que decreta la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio. Igualmente, reiterando este principio, la Sentencia n.º 3.988 de 1975 ha considerado que la pensión de divorcio puede ser exigida sólomente después de haber sido dictado su título constitutivo, es decir, después de haber sido decretada la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, y así, por tanto empieza a contar no desde la presentación de la demanda sino desde que se dicta la sentencia" (298).

(297) Cass. 8 febbraio 1977 n.º 556. For. it. 1977, p. 2.269.

(298) Apunta la citada sentencia cómo si bien ésto es así, hay que precisar que la obligación de entrega

Otra cuestión derivada del pago de la pensión es la de si la pensión satisfecha tiene una duración temporal o, por el contrario, ha de ser fijada con carácter indefinido.

En principio, tal y como ha sido concebida esta institución por nuestro legislador, ha de decirse que tiene un carácter ilimitado. El Juez normalmente fija una pensión sin limitación de tiempo, quedando éste condicionada únicamente por las causas de extinción previstas en el art. 101 C.c.; es decir, cuando cese la causa que motivó tal derecho de pensión, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

El Consejo de Europa, a través del Comité de Expertos sobre los Derechos relativos a los esposos (299), se ha pronunciado contrario a tal solución mani-

de la pensión de divorcio deviene vinculante entre los esposos desde que se dicta la sentencia, pero no desde el momento de la anotación de ésta en el Registro Civil. Cass. 8 febbraio 1977 ...cit., p. 2.269.

- (299) Conseil de l'Europe: Comité d'experts sur le droit relatif aux époux. Rapport de reunion de la quatrième reunion du Comité d'experts sur le droit relatif aux époux. Strasbourg, 20 au 24 octobre 1980. Note du Secretariat Général préparée par la

festándose en la siguiente forma: "La pensión no debería normalmente ser atribuida sino por un período limitado con el fin de permitir al esposo acreedor instalarse de nuevo y recuperar su independencia financiera en relación al otro esposo. No obstante, cuando la necesidad de una ayuda financiera revista un carácter permanente (en razón, por ejemplo, de la edad del acreedor), el pago puede ser mantenido en tanto que las necesidades subsistan".

En el Ordenamiento Holandés, la Ley de 6 de mayo de 1971, entrada en vigor el 1 de octubre contempló expresamente, a través de su artículo 1:157, párrafo segundo (300), la posibilidad de que el Juez, discrecionalmente pueda denegar los alimentos por un cierto tiempo y bajo ciertas condiciones. El Hoge Raad (301) declaró al respecto, que ésta facultad ha de interpretarse

direction des Affaires juridiques, p. 5. PERILLO considera que la pensión de divorcio debe cesar o si se quiere "entrar en estado de descanso", en aquellos casos en los que habiéndole sido atribuido preferentemente una función asistencial no cumple esta función por ser satisfecha con otros subsidios prestados por personas distintas al ex-cónyuge. PERILLO: loc. cit., p. 672.

(300) Esta particular nomenclatura se debe a que los artículos de esta Ley se enuncian por Libros.

(301) Con este nombre es designado el Tribunal de los Países Bajos.

en sentido amplio, no debiendo limitarse solamente a los casos en que la necesidad de la parte que pide los alimentos tuviera un carácter temporal (302).

La nota de temporalidad en materia de pensión, lleva aparejada un afán de recuperación y de readaptación por parte del cónyuge acreedor; lo contrario -el carácter ilimitado- hace que desaparezca el interés de aquél por tratar de mejorar su situación, sabiendo que cuenta, mientras no incurra en alguna de las causas de extinción, con un seguro de vida permanente.

La finalidad que la pensión debe perseguir no es otra que la posibilidad de lograr o intentar la readaptación de aquella persona que, en razón de la inferioridad de condiciones económicas que el matrimonio le ha causado, queda en una posición desfavorable en relación con la del otro esposo. El carácter indefinido de la prestación no ayuda a conseguir esta finalidad debido a que, en definitiva, aquélla se convertirá en una garantía vitalicia de sostenimiento.

(302) FOKKEMA apunta cómo una de las cuestiones más discutidas en la materia es la de saber si la excepción prevista en el art. 1:157 de atribuir un carácter temporal a la pensión no debería ser exigida como regla general de manera que las pensiones alimenticias fueran subsidios esencialmente de carácter transitorio FOKKEMA: op. cit., p. 139.

Me inclino pues, en favor del carácter temporal de la pensión posterior al divorcio en razón de su mayor coherencia con la sociedad y la forma de vida actual. Los cónyuges divorciados deben intentar una readaptación de su situación, y para ello no parece muy conveniente que en determinados casos se posibilite a una persona para obtener de por vida una renta, sin necesidad de desarrollar sus capacidades. Por otra parte, no parece tampoco justo mantener a la parte deudora ligada de por vida a su ex-cónyuge mediante una prestación económica.

La temporalidad de la pensión dependerá de las circunstancias en que se encuentren los esposos. Así, cuanto peores sean mayor será el número de años durante el cual ha de entregarse la pensión. El Juez deberá juzgar -al modo que se preveía en el Derecho francés- con el futuro previsible de los esposos, fijando una pensión con una duración mayor o menor según su situación presente y futura.

III. SUSTITUCION DE LA PENSION POR OTRAS FORMAS DE PAGO

El artículo 99 formula con carácter general la posibilidad de sustituir la pensión fijada judicialmente por otra forma de pago. Dice expresamente: "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".

De una primera lectura del artículo pueden deducirse cuáles son los requisitos necesarios para su aplicación:

1º. La pensión debe haber sido fijada judicialmente. El texto alude en concreto a la pensión "fijada judicialmente conforme al art. 97...". Con ello - como apunta ROCA TRIAS (303)- "no quiere decirse que cuando sean los propios interesados quienes acuerden una forma concreta de pago en el Convenio Regulador de la separación o divorcio, no puedan en un momento posterior modificar su acuerdo y acogerse a alguna de las formas previstas en el art. 99 o cualquier otra que se ajuste más a sus necesidades. Lo que ocurre es que ello deberá realizarse en trámite de modificación del convenio, y por ello no resulta aplicable a este caso lo dispuesto en el art. 99".

(303) ROCA TRIAS "Efectos Comunes a la nulidad... Comentarios... op. cit., p. 634.

2º. Que ambos ex-cónyuges, acreedor y ~~deudor~~, estén de acuerdo en tal sustitución. Esta posibilidad no puede ser impuesta unilateralmente por uno de ellos, sino que será preciso el mutuo acuerdo o bien la aceptación por uno de la propuesta de sustitución y modalidad elegida por el otro.

Nada dice el código acerca de si tal acuerdo ha de ser sometido a la aprobación judicial. Teniendo en cuenta el espíritu de la Ley, pienso que la respuesta ha de ser afirmativa. Entre las notas más relevantes de la reforma de 1981, destaca el excesivo intervencionismo que el legislador ha conferido al órgano judicial; se le atribuyen poderes, tanto en los casos en que sea sólo uno de los esposos quien tenga interés en obtener la separación o el divorcio, como en aquellos en los que actúen de consuno. En este último caso, la Ley obliga a los cónyuges a presentar un Convenio Regulador, el cual, para que surta efectos ha de ser sometido a la aprobación del órgano judicial, pudiendo ser rechazado por éste cuando considere que del mismo se derivan consecuencias graves para alguno de los cónyuges o para los hijos.

Tomando ésto como base y, puesto que el acuerdo en virtud del cual los cónyuges sustituyan la pensión por otra modalidad de pago de las previstas en el artí-

culo 99, podría también resultar perjudicial para alguno de los esposos, considero que para que tal sustitución alcance plena validez y eficacia, es necesario que sea sometido a la aprobación judicial.

En contra de esta solución podría alegarse que, si bien es cierto tal intervencionismo, el Código cuando exige la participación del órgano judicial lo indica expresamente, y, concretamente en el artículo 99, nada se dice acerca de la necesidad de que el acuerdo de las partes acogiendo como modalidad de pago alguna distinta a la normal en forma de renta haya de ser homologado judicialmente.

Admitiendo como cierta la interpretación, puesto que el precepto nada dice al respecto, el legislador ya ha formulado con carácter general la necesidad de que los acuerdos adoptados por los esposos para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, sean sometidos a la aprobación judicial. Así lo dice expresamente el párrafo segundo del art. 90 C.c.: "Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges". Debe entenderse, que el acuerdo de sustitución de la pensión queda incluido dentro de estos acuer-

dos, generales y, en consecuencia necesitan para su validez la homologación judicial (304).

Cumplidos los requisitos señalados, las alternativas que se les presenta a los cónyuges en sustitución de la pensión, son tres:

- A) Renta vitalicia
- B) Usufructo de determinados bienes
- C) Entrega de un capital en bienes o en dinero

A) Renta vitalicia

Tal y como dispone el art. 1.802 C.c., la renta vitalicia puede ser definida como un contrato en virtud del cual "se obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de uno o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión".

(304) A la misma solución se llegó en el Ordenamiento francés en el cual, salvo que el divorcio haya sido solicitado de común acuerdo, las modalidades de pago de la pensión son fijadas por el órgano judicial. Para aquellos casos, son los esposos quienes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 278 del Code, fijan las modalidades y el montante

Pactada por los cónyuges esta modalidad de pago, carecería de sentido entender que la finalidad perseguida es la de que sea el deudor de la pensión por desequilibrio quien se erija en deudor de la renta vitalicia.

Lo lógico es entender que una vez acogida esta modalidad, será un tercero quien, en virtud del capital que previamente le ha sido satisfecho por el deudor de la pensión por desequilibrio económico, va a quedar obligado a pagar al acreedor de la misma, una renta vitalicia.

Esta forma de pago encuentra su origen en la previa celebración de un contrato entre el ex-cónyuge deudor de la pensión regulada en el artículo 97 C.c., y un tercero. Aquél, mediante la entrega de un capital en bienes muebles o inmuebles a éste, le transfiere la carga u obligación de satisfacer periódicamente una ren-

de la prestación compensatoria en el Convenio que han de someter a la aprobación judicial.

En el Derecho Belga, el legislador, deseoso de favorecer los arreglos definitivos, permite a los ex-esposos convenir que la pensión sea reemplazada por un capital, si bien estos acuerdos o convenios que se parecen a menudo a la transacción, deberán ser homologados por el Tribunal. Vid. Rev. Trim. Dr. Civ. 1975 n.º 4, octubre-diciembre.

ta al ex-cónyuge acreedor de la pensión por desequilibrio, durante toda su vida.

Este contrato queda enmarcado dentro de los llamados contratos aleatorios o de suerte. La aleatoriedad deriva en este caso de la incertidumbre acerca de la duración de la vida del acreedor de la renta (305).

Como principales ventajas que esta modalidad de pago adquiere frente a la forma normal de pago de la pensión, pueden apuntarse las siguientes:

a) Para la parte acreedora de la pensión, cabe decir que en razón del carácter vitalicio de la renta pactada, ésta no se extingue sino con su muerte. Puede así afirmarse, que a diferencia de lo que ocurre con carácter general en la pensión por desequilibrio, cuando se haya pactado por los esposos su satisfacción en forma de renta vitalicia, no operarán las causas de extinción

(305) ZANON MASDEU apunta la posibilidad de que el cónyuge deudor de la pensión contrate con una entidad Bancaria o con una Caja de Ahorros para que constituya la renta vitalicia a favor del ex-cónyuge acreedor ZANON MASDEU: op. cit., p. 320; para un mejor estudio de la renta vitalicia ver: BELTRAN DE HEREDIA, J.: "La renta vitalicia". Editorial R.D.P., Madrid, 1983.

previstas en el artículo 101 C.c. Carecerá de relevancia a estos efectos, que haya cesado el desequilibrio económico que dio origen a la atribución de la pensión o que el acreedor contraiga nuevo matrimonio o que viva maritalmente con otra persona.

La inoperancia de tales causas de extinción deriva del propio contrato de renta vitalicia. Como ya apunté, su nota característica es la aleatoriedad, concretada en este caso en la incertidumbre del tiempo que ha de vivir el cónyuge acreedor de la pensión. Así, hasta que este evento no acontezca no podrá extinguirse la renta pactada.

b) Para la parte deudora de la obligación, la ventaja que la adopción de esta modalidad de pago puede reportarle radica en la posibilidad de que el capital entregado al tercero sea inferior al total de las rentas que hubiera debido satisfacer al acreedor. Tal beneficio tendrá lugar en los supuestos en que la duración de la vida del cónyuge acreedor haya sido larga.

En contrapartida, el deudor corre el riesgo de que el capital entregado al tercero exceda de las rentas satisfechas por éste al acreedor de la pensión, en cuyo caso, la asunción del contrato de renta vitalicia le habrá resultado desfavorable. Esto sucederá cuan-

do el acreedor ha recibido poco tiempo.

El carácter ventajoso o desfavorable del contrato de renta vitalicia, frente a la modalidad de pago en la forma normal de pensión, dependerá del elemento aleatorio o de suerte caracterizador de estos contratos, el cual en la materia que nos ocupa es el de la duración de la vida del acreedor de la pensión por desequilibrio económico.

Una última nota a destacar como posible ventaja de esta modalidad de pago, tanto para el acreedor como para el deudor, es la de evitar las relaciones personales entre ellos; es el tercero quien queda obligado a mantener las relaciones directas con el acreedor, quedando el deudor liberado mediante la entrega del capital en bienes muebles o inmuebles.

Nos encontramos ante una forma de pago mixta en la que el deudor cumple y queda eximido de toda obligación entregando un capital, mientras que el deudor recibe periódicamente el pago de una renta. A pesar de las posibles ventajas que ello conlleva, en la práctica no es frecuentemente utilizada. Quizá la falta de aceptación traiga su causa, por una parte en la dificultad que para el deudor supone reunir el capital necesario, y por otra en que, suponiendo que dispusiera de él, le

sería más fácil y cómodo entregar el capital directamente al acreedor, posibilidad admitida expresamente por el artículo 99 C.c.

B) Usufructo de determinados bienes

Contempla el artículo 99 como segunda posibilidad de sustitución de la pensión, el pago de ésta mediante la constitución por parte del esposo deudor de un derecho real de usufructo sobre determinados bienes de su propiedad, a favor del acreedor.

Este usufructo, constituido en virtud de un acuerdo de las partes, entraría dentro de la categoría de usufructo voluntario admitido por nuestro Código en el artículo 468, siéndole de aplicación las normas generales previstas para este derecho real.

Ante la posibilidad admitida por el Código en virtud del artículo 469 de constituir el usufructo sobre todo o parte de los bienes, cabría pensar que los esposos pactaran como forma de pago de la pensión, un usufructo parcial de los bienes entregados por el deudor. Las posibles opciones quedan encuadradas dentro del principio de autonomía de la voluntad, pudiendo los cónyuges en base a él, acordar que dicho usufructo quede sometido a condición, a término, o que por el contrario

se constituya ~~temporalmente~~. De la misma manera, al no decidida el Código acerca de si el usufructo constituido en pago de la pensión ha de ser temporal o vitalicio, una u otra posibilidad dependerá del libre arbitrio de los ex-cónyuges.

Una de las principales dificultades que plantea la adopción de esta modalidad de pago es la del cálculo del usufructo. Para su fijación el esposo deudor ha de contar con una referencia mínima que le permita aproximarse a la cantidad que habría venido obligado a satisfacer mediante el pago de la pensión en la forma normal de renta.

¿Qué criterio podrá tomarse en consideración para calcular el usufructo elegido en sustitución de la pensión?.

Ante el vacío legal en este punto, podría traerse a colación, por analogía, los criterios seguidos para fijar el usufructo del cónyuge viudo. A este fin, vienen siendo utilizados los criterios establecidos por el Reglamento del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales (306). El usufructo es valorado en razón de su

(306) Decreto 29-XII-81. B.O.E. 11-1-82.

carácter temporal o vitalicio así como de la edad del usufructuario (307).

C) Entrega de un capital en bienes o en dinero

Esta posibilidad ha sido acogida en la mayor parte de las legislaciones comparadas, a excepción de la francesa, como forma subsidiaria de pago frente a la general en forma de renta.

Las ventajas e inconvenientes que la forma de pago en capital conlleva, ya fueron analizadas al estudiar el sistema adoptado por el Code en orden a las diversas modalidades de satisfacción de la prestación compensatoria. El legislador francés acoge como forma normal de pago, la de un capital; capital que a su vez puede revestir tres modalidades fijadas por el órgano judicial (308).

(307) Art. 10 Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales: "El valor del usufructo temporal se reputará proporcional al valor total de los bienes, en razón del 2 por 100 por cada período de un año sin exceder del 70 por 100. En los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando a medida que aumente la edad en la proporción de un 1 por 100 menos por cada año más con el límite mínimo del 10 por 100 del valor total.

(308) Vid. pp. 331 ss.

...parte la doctrina la cuestión de si es necesario para la exacta fijación de la cantidad a entregar, capitalizar la pensión. Esta exigencia no viene expresamente recogida en la Ley, de forma que si bien puede servir de pauta a los cónyuges para fijar la cuantía de la cantidad a entregar, no es requisito "sine qua non".

En cualquier caso, lo que sí puede afirmarse, es que el capital debe estar constituido por una cantidad de dinero en la que se tenga en cuenta el índice de vida probable del cónyuge a cuyo favor debe ser entregado. El Código admite también la posibilidad de que se satisfaga a través de bienes.

Extremo importante lo es también el relativo a la incidencia que en la modalidad de pago a través de capital adquieren las causas de extinción recogidas en el art. 101 C.c.

Sin entrar en la discusión de un problema cuyo estudio no corresponde específicamente a este lugar, hay que decir que la satisfacción en forma de capital puede acarrear al cónyuge deudor un notable perjuicio en aquellos casos en los que el acreedor incurra en alguna causa de extinción; así, por ejemplo, cuando contraiga un nuevo matrimonio. En tal caso, la satisfacción de la

ción en forma de renta habría sido más beneficiosa para el deudor, en razón de que con tal evento quedaría extinguida la obligación de pago y probablemente la cantidad satisfecha habría sido menor a la entregada en capital.

CAPITULO IV

**INCIDENCIA EN LA PENSION
DEL FENOMENO DE LA ALTERACION MONETARIA
Y DE LAS CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS**

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Entre los problemas de mayor actualidad jurídica destaca el del estudio de los efectos causados por la inestabilidad de la moneda y por la inflación; todo crédito pecuniario, cualquiera que sea su origen, pierde una parte de su valor económico desde el instante en que la moneda se deprecia (309). Como apunta FENECH (310), "la creciente depreciación de la moneda, fenómeno de indudable realidad en el mundo moderno, es causa de una alteración económica en las reclamaciones entre los particulares, susceptible de provocar una crisis en la misma justicia de los pactos y contratos y en su ejecución".

Las consecuencias de la devaluación monetaria son distintas según que la obligación dineraria haya de

(309) Sobre el tema ver: FONCILLAS, J.M.: "La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos". R.C.D.I. 1932 (pp. 428-441); SARDA, J.: "El nuevo Derecho acerca de las obligaciones en dinero". R.G.L.J. 1941 (pp. 111-124).

(310) FENECH, M.: "Las cláusulas estabilizadoras en la Jurisprudencia española y francesa". Rev. Inst. de Der. Comp. 1954, p. 141.

ser satisfecho en el mismo momento de su constitución o que, por el contrario, su cumplimiento se dilate en el tiempo. Es en este último caso cuando adquiere mayor dimensión y produce graves efectos de inmediata evidencia, haciendo que el acreedor pierda con el paso del tiempo gran parte de su poder adquisitivo.

Como remedio a estas situaciones fue haciéndose cada vez más frecuente, sobre todo en los contratos cuyas obligaciones fueran de tracto sucesivo, la inserción de unas cláusulas llamadas de "estabilización", cuya finalidad no era otra que evitar la pérdida de valor de las obligaciones pecuniarias, impidiendo así que el acreedor de las mismas viera disminuida su capacidad adquisitiva en el momento del cumplimiento de la deuda.

En el Ordenamiento italiano, en relación con el tema de la influencia de la devaluación monetaria en las obligaciones de tracto sucesivo, se suscitó la cuestión de si tal fenómeno podría tener cabida dentro del artículo 9, como uno de los "justificados motivos susceptibles de provocar la revisión judicial.

La Ley de Divorcio italiana de 1970 contempla en su artículo 9 un procedimiento de revisión judicial posterior a la sentencia de divorcio en los supuestos en que el órgano judicial aprecie la existencia de jus-

tificados motivos; dispone el precepto: "Cuando sobrevengan justificados motivos después de la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, el Tribunal, a instancia de parte, puede disponer la revisión de las disposiciones concernientes al cuidado de los hijos y las relativas a la cuantía y a la modalidad de las contribuciones previstas en los artículos 5 y 6...".

La doctrina y la Jurisprudencia (311), ante el aumento del fenómeno inflacionista, comenzó a plantearse la posibilidad de englobar la devaluación monetaria entre los "justificados motivos" sobrevenidos que permitan pedir al Juez la revisión de la pensión. La razón de ello derivaba del hecho de que en un principio se le venía negando al Juez el poder para establecer cláusulas automáticas de actualización de la pensión. El Tribunal, para la determinación de la pensión regulada en el art. 5 de la Ley de Divorcio, debe tener en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges al momento de la pronunciación del divorcio, pero no las condiciones futuras de las partes; le viene así -en opinión de NICOLINI (312)- negada al Juez la potestad de esta-

(311) Ver DAGNINO: loc. cit., p. 180.

(312) NICOLINI: loc. cit., p. 758.

blecer cláusulas automáticas de adecuación monetaria a la cantidad inicialmente fijada, en razón de la imposibilidad de prever "a priori" una constante proporción entre los aumentos del coste de la vida y el aumento de la renta del obligado.

Como remedio a la grave situación de los titulares de esta pensión, se arbitró la posibilidad de revisar judicialmente "a posteriori", la pensión fijada inicialmente por el órgano judicial. Destaca en este punto la Sentencia dictada por la Corte de Casación italiana de 14 de junio de 1976 (313), la cual, bajo la expresión genérica de "variaciones patrimoniales o monetarias que impliquen una variación de la medida de la pensión", se orienta en la línea de entender como justificado motivo de revisión automática de la pensión decretada al momento del divorcio, cualquier variación en las condiciones económicas de los esposos divorciados, quedando incluida, por tanto, la derivada de la devaluación monetaria (314).

(313) Cass. 14 gennaio 1976 n° 108. Riv. Dir. Civ. 1976, p. 97.

(314) Sobre el tema ver: CALUSI, V.E.: "La revisione dell'assegno alimentare in conseguenza della svalutazione monetaria". Comentario a la Sent. Tribunal Pavia 23 agosto 1947. Riv. Dir. Comm. 1948, II, pp. 367-372.

En frente a esta postura, se argüía, que si bien la admisión de la revisión judicial serviría para frenar el fenómeno de la devaluación, podría sin embargo llevar a los esposos al resurgimiento de constantes y costosos conflictos. Estas razones, unidas a las dificultades propias que conlleva todo procedimiento de revisión, hizo que en la actualidad, la mayor parte de las legislaciones opten por la inserción en su articulado de normas en las cuales se faculte al Juez para la aplicación automática de mecanismos de actualización.

Tal ha sido la solución adoptada en el Derecho italiano, donde la Jurisprudencia, a través de diversos pronunciamientos (315), ha ido admitiendo la posibilidad de que el Juez, a falta de acuerdos entre los cónyuges divorciados, pueda fijar "cláusulas de salvaguardia" en las cuales se prevea el índice aplicable de revalorización, así como la periodicidad con que ha de ser llevada a efecto. La finalidad de estas cláusulas no sería otra que la de mantener constante en el tiempo el valor de la pensión fijada por el Juez al momento de la disolución del matrimonio (316).

(315) Ver Cass. 13 gennaio 1982 nº 169. For. it. 1982, I, p. 1.053.

(316) En contra de la admisión de estas cláusulas se ha

HERNANDEZ GIL las define como "fórmulas" en virtud de las cuales se sustrae a las deudas pecuniarias del imperio exclusivo del principio del nominalismo, bien mediante la designación de un signo monetario intrínsecamente valioso como instrumento obligado al pago, bien mediante la conversión de ese mismo signo monetario o de alguna cosa en sí valiosa o especialmente apta para reflejar los niveles económicos (317).

La validez de estas fórmulas fue objeto de una fuerte polémica, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, llegando el Tribunal Supremo, en último término, a admitir su licitud en base al principio de autonomía de la voluntad consagrado en nuestro Ordenamiento a través del artículo 1.255 C.c. (318).

alegado el hecho de que su fijación puede llevar a la inversión de la carga de la prueba en el proceso de revisión; ello sucedería en aquellos supuestos en los que, las condiciones económicas del cónyuge deudor de la pensión no hubieran crecido en proporción al índice de actualización fijado. En estos casos, le correspondería a éste, probar la falta de paralelismo entre el aumento del coste de la vida y sus ingresos. NICOLINI: op. cit., p. 762.

- (317) HERNANDEZ GIL, A.: "Derecho de Obligaciones". Editorial Ceura (Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces). Madrid, 1983, p. 361.
- (318) Una Resolución de la D.G.R.N. de 12 de setiembre de 1972 dispuso que "no sin vacilaciones y tras haber sido muy discutido en la doctrina patria, se fue abriendo camino la tesis favorable a la admisión de las cláusulas de estabilización".

Por tanto, a este punto, es necesario hacer una distinción entre estas "cláusulas de estabilización", susceptibles de ser insertadas por voluntad de las partes en los contratos integrados por obligaciones pecuniarias, de las llamadas "bases de actualización", las cuales pueden ser impuestas automáticamente por la autoridad judicial. Estas operan, al margen de las bases estabilizadoras, a través de la aplicación de unos índices legales, tendentes a mantener el poder adquisitivo del sujeto acreedor de la prestación dineraria (319).

En materia de pensión por desequilibrio económico, el legislador español ha seguido esta línea, obligando al Juez a fijar en la resolución judicial las bases para su actualización. Mediante ellas se pretende acomodar la cantidad fijada como pensión, al poder adquisitivo de la moneda, permitiendo que el cónyuge acreedor pueda seguir manteniendo a lo largo de los años la misma capacidad económica que tenía al momento de acordarse la pensión.

(319) Acerca de la posibilidad de establecer bases de actualización automáticas ver: Sent. Cass. 13 gennaio 1982 nº 169 con nota de QUADRI, E. For. it. 1982, Vol. I, pp. 1.052 ss.

No debe confundirse esta necesidad de adecuación de la pensión a las alteraciones monetarias, esto es, su actualización, con la posibilidad, conferida a cualquiera de los cónyuges por el artículo 100 C.c., de solicitar del Juez la revisión y posterior modificación de la pensión en razón de la sobrevenida de nuevas circunstancias.

La pensión por desequilibrio, en cuanto deuda en principio pecuniaria, está expuesta a la influencia de elementos extraños. Cuando dicha influencia es ejercida por elementos estrictamente patrimoniales, tales como la fluctuación de la moneda o la inflación, se hace necesario acudir a unos índices de estabilización del valor del dinero, al objeto de que la deuda no pierda valor. Se habla entonces de "actualización de la pensión". Los efectos que ésta produce no son los de variar la cuantía de la prestación inicialmente fijada, sino que, manteniendo esta fijeza, pretende adecuarla a las alteraciones monetarias. De forma distinta, fijada una cuantía de pensión, pueden sobrevenir circunstancias diversas que alteren la fortuna de las partes; en tales hipótesis, puede hacerse necesaria la modificación de la pensión, la cual deberá realizarse por el órgano judicial a través de un procedimiento de revisión demandado por las partes. Esta modificación puede llevar tanto a un aumento como a una reducción de la cuantía de la

pensión según que la solicitud ya emanado del cónyuge acreedor o del deudor. La variación de la renta en estos casos no deriva de una actualización sino de una modificación.

A la vista de lo expuesto, se hace necesario el estudio separado de estos procesos de variación de la pensión: 1º) Actualización. 2º) Revisión y posterior Modificación de la pensión.

II. ACTUALIZACION DE LA PENSION

Según dispone el párrafo último del artículo 97, "... En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión...".

Son estas bases las que van a proteger al esposo acreedor de la pensión de los efectos de la inflación monetaria, y le van a permitir mantener su capacidad adquisitiva. La pensión, una vez fijada, ha de quedar sometida a unos índices de revalorización designados por las partes o, en su defecto, por el Juez dentro de los previstos legalmente. El más utilizado en la práctica es el índice del coste de la vida o índice de precios de bienes de consumo, suministrado por el Instituto Nacional de Estadística (320).

La Jurisprudencia reciente, en materia de pensión alimenticia, ha hecho notar cómo la aplicación de este índice de forma absoluta puede llevar a romper el equilibrio entre las prestaciones de las partes; así, ha llamado la atención sobre la necesidad de atender, como medidas de corrección, a los ingresos de la parte obligada a entregar la deuda. Destaca, entre otras, la Sentencia de la A.T. de Barcelona de 11 de mayo de 1983 (321) al expresarse en los siguientes términos: "...Si se aplica como prodecimiento para evitar los inconvenientes de la inflación monetaria y consiguiente pérdida

(320) La enmienda nº 204 al Proyecto de Gobierno presentada por el Sr. Díaz-Pinés Muñoz del Grupo Centrista, propuso la adición de un tercer párrafo al art. 100 redactado en los siguientes términos: "A instancia de parte interesado o del defensor de la familia, las pensiones a las que se refiere este capítulo o las sumas que las sustituyan, podrán ser actualizadas periódicamente de conformidad con las variaciones del índice oficial de los precios de bienes de consumo".

En el Derecho francés, la Corte de Apelación de París estimó que "el índice de precios de consumo se adapta mejor al efecto perseguido por la actualización, que es el variar la pensión en función de la evolución del coste de la vida sin que intervenga la noción de crecimiento de la economía, extraña a las relaciones de las partes." (Esta fórmula se reitera en numerosas decisiones no publicadas de la Sala de la Corte). Vid. MASSIP: op. cit., p. 224.

(321) Sent. A.T. Barcelona de 11 mayo 1983. R.G.D. Diciembre, 1983, p. 2.074.

del modo adquisitivo de la alimentista, la automática corrección determinada por el índice variable del coste de la vida en cada período anual de cumplimiento, sin otras puntualizaciones, podría acontecer que la cuantía del crédito en su línea ascendente, rompa de manera ostensible el equilibrio buscado de principio entre las contrapuestas necesidades, haciendo excesivamente onerosa la situación del alimentante; por ello, lo equitativo será que se prevea esa revisión para acomodar la cifra obtenida a las variaciones que ofrece el índice del coste de la vida, siempre que el aumento no exceda de la proporción en que se hayan incrementado los ingresos del obligado, o en otro caso, tomando en cuenta la cantidad menor de la elevación producida, con lo que la utilización exclusiva de los índices oficiales del coste de la vida para la adecuación anual de la deuda de alimentos, ha de tener como complemento las variaciones experimentadas por el ingreso o ingresos del alimentante" (322) (323).

(322) El art. 276-1 Code, como índices de actualización, remite expresamente a utilizados en materia de pensión alimenticia.

(323) En el mismo sentido, Sent. A.T. Barcelona de 9 de junio de 1984 según la cual: "La pensión que el marido debe abonar a la esposa, habrá de ser actualizada anualmente en función de los aumentos aplicables según el índice general de los precios

Con objeto de salvar este inconveniente, es frecuente también la aplicación de índices calculados sobre un porcentaje de los ingresos del cónyuge obligado al pago. En cualquier caso, nada impide que las partes adopten cualquier otro, cuya validez queda sometido a la aprobación judicial (324).

Fijado el índice mediante el que ha de ser llevada a cabo la actualización de la pensión, surge la duda acerca de cual es la base sobre la que ha de ser aplicado; en otras palabras, fijado el índice de actualización y aplicado sobre la pensión al objeto de proceder a una primera revaloración, las ulteriores actualizaciones ¿habrán de realizarse tomando como base la renta fijada inicialmente o por el contrario habrán de ser aplicadas sobre la pensión revalorizada? (325).

de consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística, pero siempre que el aumento no exceda de la proporción en que se hayan incrementado los ingresos de toda índole obtenidos por el demandado y si la elección fuera menor a tal índice se atenderá al importe del incremento producido en los emolumentos percibidos por aquél". Sent. A.T. Barcelona 9 de junio 1984. La Ley, 21 de diciembre, 1984, p. 10.

(324) En relación con el tema ver: NICOLINI CANIATO: loc. cit., (pp. 755-764).

(325) Pensemos, por ejemplo, en una pensión fijada inicialmente en 50.000 pts., a la que las partes han

Esta cuestión, de gran trascendencia práctica, ha dado origen a una abundante Jurisprudencia en materia de arrendamientos Urbanos. Los problemas surgían a la hora de interpretar las cláusulas de estabilización introducidas por las partes. Se discutía acerca de si la cantidad objeto de revisión habría de ser la renta mensual, inicialmente fijada entre arrendador y arrendatario, o si por el contrario debería de hacerse acumulativamente aplicando el índice correspondiente a la cantidad que resultara de adicionar a la renta inicial las cantidades provenientes de anteriores revisiones. El Tribunal Supremo, no sin ciertas vacilaciones (326), ha

acordado actualizar anualmente mediante la aplicación del índice del coste de la vida. Supongamos que éste, al momento de la primera actualización ha sido fijado por el I.N.E. en el 10%, con lo cual la pensión experimentaría un incremento, en relación con la inicialmente fijada, de 5.000 pts. Si optáramos por la primera solución, la actualización realizada al año siguiente habría de hacerse tomando como base las 50.000 pts. iniciales, mientras que, a tenor de la segunda, el índice sería aplicado a las 50.000 más el incremento de la anterior actualización, esto es, a las 55.000. La diferencia es sensible y en consecuencia es importante la solución que se adopte.

- (326) En Sent. de 30 de enero de 1981, se inclinó por la solución de tomar como base la renta inicial; en su primer considerando se expresaba de la siguiente forma: "...resulta indudable, sin necesidad de hacer interpretación alguna, que el designio de las partes al convenir la referida cláusula de estabilización, fue el que la única cantidad que había de ser objeto de revisión cada dos años,

interpretado aquellas cláusulas en el sentido de entender que la revisión ha de realizarse acumulando los diversos incrementos resultantes de las sucesivas actualizaciones, para formar así la nueva base objeto de actualización (327).

A la misma solución pienso que ha de llegarse en materia de pensión por desequilibrio. Si se mantuviera inamovible la base de la pensión, los sucesivos incrementos resultantes de cada una de las anteriores actualizaciones, irían progresivamente quedando desvalori-

era la de 47.000 pts., es decir la correspondiente al importe de la renta mensual contractualmente pactada, sin que dicha revisión operante tanto si las variaciones habidas en ese lapso de tiempo lo eran en sentido positivo como negativo, pudiera realizarse acumulativamente, es decir, aplicando el porcentaje de variaciones del índice ponderado del coste de la vida sobre la cantidad resultante de adicionar a la referida renta contractual de 47.000 pts. las cantidades provenientes de anteriores revisiones... Sent. T.S. 30 de enero de 1981.

- (327) Ver Sent. T.S. de 24 de mayo 1982; en ella el Tribunal desestimó un recurso en el que el demandante pretendía que la revisión de la renta se limitara a las variaciones experimentadas por ella en los doce meses anteriores, sin extenderse al período de cinco años contemplado en la cláusula contractual. Sent. T.S. 24 mayo 1982; en relación con el tema ver: SOTO NIETO, F.: "Elevación de rentas en viviendas y locales de negocio". Marfil, S.A. Alcoy, 1961; TOMAR MARCO, J.J.: "Los aumentos de rentas Urbanas". Madrid, 1962; HERNANDEZ JUAN, D.: "Repercusiones, aumentos y revalorizaciones de rentas (Viviendas y Locales de Negocio). Colección Nere. Barcelona, 1965; GUTIERREZ DE LA CAMARA, J. M.) "La renta de la vivienda en 1965". Ediciones Santillana. Madrid, 1965.

zados; la actualización no cumpliría en tal caso los fines perseguidos: el mantenimiento de la capacidad adquisitiva del acreedor.

Queda así contestado el interrogante que en párrafos anteriores planteaba acerca de si la base de las sucesivas actualizaciones es la inicialmente fijada o por el contrario es la resultando de la acumulación de los sucesivos incrementos provenientes de anteriores actualizaciones; entiendo que ésta última es la solución que ha de seguirse en materia de pensión. Con ella se mantiene, dentro de lo posible, la capacidad adquisitiva del acreedor evitándole que con el paso del tiempo su prestación quede desfasada en relación al nivel y al coste de la vida.

No obstante, si bien tal solución es sin duda alguna favorable para el acreedor de la pensión, puede reportar grandes perjuicios al deudor en aquellos casos en que sus ingresos no aumenten en proporción al coste de la vida. Podría incluso llegarse a la paradójica situación que, en un momento dado, la cantidad a satisfacer por el deudor fuera mayor que los ingresos que percibe. La solución propuesta sería contraria a la equidad en aquellos casos en los que el deudor de la pensión no viera incrementado sus ingresos en proporción al aumento de la renta que ha de satisfacer.

Para evitar estas situaciones, que podrían llegar a ser insostenibles y llevarían al deudor, en último término, a solicitar la revisión de la pensión, sería deseable que el Tribunal tuviera en cuenta a la hora de actualizar la pensión, la proporción en que han ido aumentando los ingresos del deudor. Podría, como lo ha hecho la Audiencia Territorial de Bilbao en Sentencia de 24 de febrero de 1983, fijarse un máximo de pensión en razón de los ingresos que venga percibiendo el deudor obligado al pago (328). Se evitaría con ello que se rompiera la equivalencia entre las prestaciones de las partes (329).

Con esta medida se atemperaría el excesivo gravamen que para el deudor de la pensión podría seguirse de la solución propuesta, acerca de la base sobre la que ha de ser realizada la actualización.

Lo expuesto hasta el momento es aplicable a

(328) Dice esta Sentencia: "...el importe de la pensión no podrá exceder del 20% de los ingresos netos totales que de modo efectivo viene percibiendo el esposo divorciado...". Sent. A.T. Bilbao de 24 de febrero de 1983.

(329) Sobre el tema del equilibrio de las prestaciones, ver: ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.: "La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual". Edit. Montecorvo, S.A. Madrid, 1978.

Por la actualización de la pensión pero en los casos en que el pago se efectue en la modalidad normal de renta.

La posibilidad de actualización queda eliminada en los casos en que, tal y como lo permite el art. 99 C.c., la pensión sea sustituida por un capital en bienes o en dinero. En tales supuestos, las relaciones entre los esposos han quedado definitivamente extinguidas y por tanto no cabe hablar de actualización del capital.

De forma distinta, entiendo que nada impide que las otras dos modalidades sustitutorias de la pensión -renta vitalicia y usufructo- puedan ser objeto de revisión periódica. En la primera, las partes podrán insertar bases de actualización en el contrato de renta vitalicia, mientras que en el usufructo, la propia revalorización de los bienes sobre los que ha sido constituido conllevará automáticamente su actualización (330).

(330) La enmienda nº 44 al artículo 100, presentada por el representante del Grupo de Coalición Democrática, proponía expresamente la aplicación de índices de actualización a las formas sustitutivas de la pensión: "Las pensiones convenidas o adoptadas por

III. REVISION Y MODIFICACION DE LA PENSION

La evolución, a menudo rápida o imprevisible de la situación de los ex-cónyuges, provoca en determinadas ocasiones un cambio o alteración importante entre las medidas decretadas por el Juez en la sentencia de divorcio, y la situación práctica, real, en la que las partes pueden encontrarse con el transcurso de los años. La continua transformación que con el decurrir del tiempo puede experimentar la vida de los esposos, hace necesario que, aún fijada por el órgano judicial una cuantía de pensión conforme y adecuada a las necesidades del momento en que tiene lugar la disolución del vínculo, ésta no adquiera para el futuro un carácter definitivo e inmutable.

La mayor parte de las legislaciones modernas han ido insertando en su articulado, normas que autoricen la revisión y modificación de la pensión por divorcio para el caso en que sobrevengan nuevas circunstan-

el Juez, según lo establecido en los artículos 90, 91, 93, 97 y 99. Deberán ser acomodadas periódicamente a las variaciones anuales del coste de la vida, a instancia de cualquiera de los cónyuges o del defensor de la familia. También podrán serlo las formas sustitutivas de la pensión a que se alude en el artículo anterior".

cias inexistentes al momento de disolución del vínculo.

Ya vimos al estudiar el tema de la devaluación monetaria como posible circunstancia de revisión de la pensión, como es el artículo 9 de la Ley de 1 de diciembre de 1970 el que en el Ordenamiento italiano deja abierta la vía a la posible modificación y revisión de la pensión, cuando por sobrevenir "justificados motivos", el Juez lo considere oportuno; el precepto se expresa en los términos siguientes: "Cuando sobrevengan justificados motivos después de la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, el tribunal, a instancia de parte, puede disponer la revisión de las disposiciones concernientes al cuidado de los hijos y las relativas a la medida y a la modalidad de las contribuciones entregadas a tenor de los artículos 5 y 6...".

Las modificaciones o alteraciones de la situación patrimonial que pueden 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 (331).

El sector de la doctrina italiana entiende que lo que realmente se persigue con la revisión de la pensión consagrada en el artículo 9, es evitar la consolidación de las expectativas que los cónyuges legítimamente adquieren durante el matrimonio; el patrimonio del obligado a la entrega, si bien puede experimentar incrementos por las más diversas razones, sólo cuando dicho aumento sea debido al natural desarrollo de los elementos financieros de aquél, podrá hablarse de modificación de la pensión (332).

En un afán de dejar sentado el carácter estricto de la revisión, la doctrina ha elaborado una enumeración que, si bien con carácter ejemplificativo, puede servirnos de orientación para interpretar lo que en el derecho italiano se entiende por "justificados motivos" susceptibles de motivar la revisión de la pensión. DAGNINO (333) considera que la revisión puede ser solicitada, por ejemplo, en las siguientes hipótesis:

(331) PALLADINO: op. cit., p. 279.

(332) Vid. GRANELLI, C.: "Sulla variabilità dell'assegno al coniuge divorziato". Riv. Dir. Civ., 1976, I (pp. 129-191); COCCIA-CIALDINI: op. cit. p. 86.

(333) DAGNINO: loc. cit., p. 180.

- a) Devaluación monetaria
- b) Nuevas rentas de trabajo del beneficiario
- c) Cesación del estado de necesidad por haber creado el cónyuge beneficiario una nueva familia de hecho que le mantenga
- d) Nuevas nupcias del beneficiario
- e) Sobreveniencia en el obligado de nuevas cargas alimenticias
- f) Empobrecimiento del patrimonio del obligado
- g) Quiebra del obligado
- h) Revocación de la sentencia de separación personal por culpa (334)

(334) Algunos autores han entendido el art. 9 y, por tanto la posibilidad de revisión, en un sentido más estricto. CECCHETTI, comentando la Sentencia de la Corte Constitucional de 10 julio 1975 considera que los "justificados motivos" han de ser entendidos en sentido objetivo en cuanto ligados a los hechos no personales de los sujetos. En definitiva, "se debe entender la posibilidad de revisión en sentido estricto, limitando la relevancia de los hechos sobrevenidos y reconduciéndola a la situación existente al momento de la sentencia". CECCHETTI, R.: "Assegno al coniuge divorziato e comunione dei beni". Comentario a la Sentencia de la Corte Costituzionale de 19 luglio 1975. For. it. 1976, p. 32. PUNZI NICOLÒ considera que "es indudable que, en cuanto a la actuación práctica del art. 9, el Juez es llamado a una valoración ampliamente equitativa que atempere el rigor con que deben tratarse las consecuencias de la situación obligatoria naciente del art. 5 n.º 4. La expresión 'cuando sobrevengan justificados motivos' tiene para el caso de la pensión un significado excesivamente indeterminado. Se puede ver en ella

Sobrevvenida alguna de estas circunstancias con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial, lo que se persigue no es el restablecimiento del equilibrio inicial conseguido a través de la pensión en el momento del divorcio y, roto ahora por tales eventos; lo que se pretende lograr con la revisión es crear un nuevo equilibrio en base a elementos sobrevenidos (335).

Mayores dificultades ofrece la posibilidad de revisión de la "prestación compensatoria" acogida por el Code. La diversidad de tipos de divorcio adoptados por el legislador francés, así como las distintas formas de pensión previstas para cada uno, hace que la posibilidad de revisión sea distinta según los casos.

una aplicación del mecanismo equitativo de adecuación a los cambios de circunstancias que la Ley bien conoce y que dispone en los casos de prestaciones destinadas a prolongarse en el tiempo. No parece que se pueda hacer depender de un sucesivo empeoramiento de las condiciones económicas del beneficiario de la revisión una modificación en la cuantía de la pensión, ni de un mejoramiento de las mismas, una reducción!

El criterio que puede por el contrario entrar en la previsión del art. en cuestión caracterizándose como un justificado motivo, es la modificación de la situación económica del obligado "PUNZI NICOLO" *Il divorzio... loc. cit.*, p. 92.

(335) Vid. DI LORENZO: loc. cit., p. 394.

En las hipótesis en que el divorcio decretado lo haya sido por ruptura de la vida en común, el deber de socorro previsto para tal caso se presenta bajo la forma de una pensión alimenticia, por naturaleza revisable. Tratándose de las otras modalidades de divorcio, la prestación compensatoria adopta como regla general la forma de un capital. A través de él, se persigue huir de la prolongación en el tiempo de las relaciones continuas a que los esposos quedarían obligados mediante el pago periódico de una pensión.

Al objeto, igualmente, de evitar continuos procesos y conflictos entre los cónyuges, el legislador ha instaurado como principio general el de la irrevisabilidad de la prestación compensatoria (336). Tal principio aparece formulado en el artículo 273: "La prestación compensatoria tiene un carácter "a tanto alzado". No puede ser revisada, incluso en caso de cambio imprevisto en los recursos o las necesidades de las partes, salvo si la ausencia de revisión tuviera para alguno de los cónyuges consecuencias de excepcional gravedad".

(336) LINDON Y BERTIN consideran que los autores de la Ley, han pretendido prevenir la multiplicación de los procesos que nacerían de una posibilidad de revisión, incurriendo en el error de, para evitar fracasos, favorecer la creación de situaciones dramáticas insolubles. Ver LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 59.

Queda patente a través de este precepto el deseo del legislador de que una vez satisfecha la prestación no pueda ser modificada incluso en el caso de que de forma imprevista se alteren las circunstancias iniciales que dieron lugar a su fijación. No obstante, del mismo artículo se desprende una excepción al principio de irrevisabilidad: cuando la ausencia de revisión produzca a alguno de los cónyuges "consecuencias de excepcional gravedad".

Esta posibilidad de revisión, formulada con carácter excepcional, encuentra su razón de ser en la equidad; constituye una manifestación del poder del Juez para adaptar la norma abstracta a las concretas situaciones, atenuando su rigor y convirtiéndola en una regla más justa.

En opinión de GROSLIERE (337), "esta excepción al principio general deberá ser interpretada con mucha prudencia, por no decir restricción, bajo pena de desnaturalizar completamente el Sistema" (338).

(337) GROSLIERE: op. cit., p. 148.

(338) Entiende que tal excepción puede jugar en hipótesis concretas; así por ejemplo en el caso del ex-esposo que gozaba de buena salud al momento del

En general, la doctrina francesa ha insistido en la intensidad particular y en el carácter restrictivo con que tal excepción ha de ser interpretada, considerando que la intervención judicial ha de limitarse a encuadrar dentro de "las consecuencias de excepcional gravedad", los problemas vitales. El Juez debe examinar las condiciones del demandante de la revisión, tomando en consideración la situación del otro esposo sólomente a efectos de determinación de la cuantía de la modificación.

Dichas consecuencias no han de ser necesariamente de carácter estrictamente patrimonial; la situación de "excepcional gravedad" puede venir dada por circunstancias personales tales como, por ejemplo, el deficiente estado de salud en que, por determinadas causas, ha quedado el esposo reclamante. Así lo entiende BOYER (339) al decir que "se podría pretender que, ade-

divorcio y estaba capacitado para ejercer una profesión, se ve afectado posteriormente por una enfermedad o un accidente que le prohíbe realizar toda actividad. GROSLIERE: op. cit., p. 148.

- (339) BOYER, I: "La revision de la prestation compensatoire" Chron. XXXVIII. Recueil D.S., 1980, p. 266; considera que la revisión de realizará en casos excepcionales tales como acontecimientos relacionados con la salud de los esposos (enfermedad, accidente) o en circunstancias de orden patrimonial: pérdida de renta de trabajo o de capital...

más de las dificultades financieras, el Juez venga obligado a tomar también en consideración el estado de salud del demandante: la petición sería escuchada sólomente en el caso de que la ausencia de revisión quebrara sensiblemente la salud del solicitante".

Será el magistrado quien, en último término, sienta los límites de la "gravedad excepcional", objeto de posible revisión de la prestación compensatoria.

Afirma el mencionado autor (340) que "sería deseable que la Jurisprudencia se pronunciara en el sentido de otorgar una interpretación estricta que haga el recurso a este proceso, una situación excepcional. Resultaría lamentable que, para paliar las consecuencias perjudiciales de la entrega de la prestación 'a forfait', los Tribunales, dando una acogida demasiado fácil a la cláusula de dureza, llegaran a consagrar un principio contrario al inicialmente previsto, incluso en nombre de la equidad y de la justicia".

La posibilidad de revisar la prestación compensatoria, tal y como ha sido formulada por el art.

(340) BOYER: ult. loc. cit., p. 266.

273, 3 Code, se presenta como una "cláusula de dureza" (341) a la que el Juez podrá acudir en los casos en que su ausencia lleve aparejado para alguno de los esposos consecuencias de "excepcional gravedad". Es una facultad discrecional del órgano judicial, la cual, por constituir una desviación del principio de irrevisabilidad consagrado en la Reforma, no puede ser admitido con ligereza cada vez que lo requiera la equidad. El legislador ha restringido notablemente las posibilidades de acudir a este proceso, dejando sin embargo, un amplio campo de poder en orden a la extensión de la modificación.

Al margen de ésta, cabe apuntar una segunda posibilidad, o mejor, una segunda excepción al principio de irrevisabilidad prevista por el Code para los casos en los que la demanda de divorcio haya sido presentada conjuntamente por los dos cónyuges. En tal caso se les permite insertar en el convenio cláusulas a través de las cuales puedan solicitar la revisión judicial. Concretamente así lo dice el artículo 279 Code, a tenor del cual: "El Convenio homologado tiene la misma fuerza ejecutoria que una sentencia."

(341) MASSIP: op. cit., p. 221.

No puede ser modificado sino por un nuevo Convenio entre los esposos igualmente sometido a homologación.

Los esposos tienen, sin embargo, la facultad de prever en su Convenio que cada uno de ellos podrá, en caso de cambio imprevisto en sus recursos y en sus necesidades, pedir al Juez la revisión de la prestación compensatoria" (342).

Entiende CARBONNIER que el art. 279 nº 3 está contemplando una cláusula "rebus sic stantibus" en virtud de la cual se faculta a cualquiera de los esposos a solicitar del Tribunal una readaptación del Convenio

(342) LINDON Y BERTIN apuntan cómo mientras que la prestación fijada por el Juez es entregada en forma global y se presenta en principio como invariable, cuando los esposos estén de acuerdo en el divorcio, podrán a su gusto, revisar su Convenio tan a menudo como quieran. Esta situación es la inversa a la prevista para los daños y perjuicios entregados por daños corporales después de un accidente. Si los daños y perjuicios han sido entregados por una transacción y se produce una agravación en el estado de la víctima, la revisión de la indemnización no será posible más que si tal agravación resulta de las lesiones que las partes no han podido conocer al momento de la transacción y que son reveladas más tarde. Contrariamente, si la indemnización ha sido fijada por una decisión judicial la revisión será más fácil. LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 63.

si las circunstancias especiales de su acuerdo se modifican (343).

Los esposos, en virtud de la potestad que le ha sido atribuida, pueden introducir estipulaciones de diverso contenido: pueden prever que la entrega de la prestación cese en caso de nuevo matrimonio o de concubinato del acreedor (344); que se extinga o se reduzca cuando el beneficiario encuentre una actividad profesional o acabe sus estudios universitarios; también pueden incluir criterios de modulación de la prestación en función de la evolución previsible de la situación de las partes (345).

(343) CARBONNIER: "La question du divorce..." op. cit., p. 206.

(344) El Tribunal de Gran Instancia de la Rochelle, en Sent. de 19 de octubre de 1977 rehusó la homologación de un Convenio en el cual había sido insertada una cláusula de revisión para el caso de nuevo matrimonio o de concubinato notorio de beneficiario alegando "la sujeción material y moral que la cláusula haría pesar sobre este cónyuge al quedar obligado a no volver a contraer matrimonio y a no tener nuevas aventuras". Sent. Tr. Gran Inst. de la Rochelle de 19 de octubre 1977. Gazz. Pal. 1978. p. 154, con nota de Brazier.

(345) La validez de tales cláusulas ha sido puesta en tela de juicio por entender que pueden contradecir los principios rectores de la reforma. BOYER considera que en ausencia de una solución en el propio texto es necesario conducir la investigación hacia el espíritu de la Ley. En los efectos del

En vista de lo expuesto, puede decirse que el principio de irrevisabilidad de la prestación compensatoria, consagrado con carácter general por el artículo 273, quiebra en dos supuestos:

- 1º. En aquellos casos en que la prestación haya sido fijada judicialmente por no haber existido acuerdo de los cónyuges, cuando la ausencia de revisión origine en alguno de los esposos consecuencias de excepcional gravedad (art. 273 "in fine").
- 2º. Cuando la demanda de divorcio ha sido presentada de común acuerdo por los cónyuges, a través de las cláusulas que el art. 279 les faculta a introducir en su Convenio, para el caso de cambio imprevisto en sus recursos y sus necesidades.

divorcio la idea base es la de prevenir los conflictos continuos entre los esposos. Consecuentemente parece contrario al fin de la Reforma admitir la validez de las cláusulas de revisión judiciales que predispongan a los contenciosos. Este problema no afecta a las cláusulas de revisión automática las cuales no exigen la intervención judicial. En definitiva el espíritu de la Ley inspira la distinción entre las cláusulas judiciales que serían nulas (salvo la del art. 279 nº 3) y las cláusulas de variación automática que por el contrario serían válidas, BOYER: loc. cit., p. 269.

El art. 273 "in fine", opera sin más que en los casos de divorcio contencioso; la duda surge acerca de si tal excepción es también aplicable al divorcio solicitado de común acuerdo; es decir, si, ante la ausencia de una cláusula de las previstas en el artículo 279 en la que los esposos prevean la revisión judicial en caso de cambio imprevisto en sus recursos y sus necesidades, cabe acudir al Juez solicitando dicha revisión cuando la prestación haya sido fijada convencionalmente.

La cuestión ha suscitado una viva polémica doctrinal. Autores como BENABENT (346) se pronuncian a favor de tal posibilidad alegando la falta de lógica e incluso la situación paradójica a que llevaría el negar a los esposos que han solicitado el divorcio por mutuo acuerdo, la facultad de solicitar la revisión de la prestación en los supuestos de "excepcional gravedad", cuando la misma es admitida expresamente por el art. 273 para los demás casos de divorcio. Ello, aún cuando no aprovechen la oportunidad que les brinda el Código de insertar cláusulas de revisión en caso de cambio imprevisto de sus recursos o sus necesidades.

(346) BENABENT: op. cit., p. 258.

El Código faculta a los esposos que hayan presentado de común acuerdo la demanda de divorcio a introducir estas cláusulas; esta posibilidad es negada expresamente a través del artículo 273, en las demás modalidades, con los mismos términos que en aquellos se permite: "...La prestación compensatoria no puede ser revisada incluso en caso de cambio imprevisto en las necesidades y en los recursos de las partes...". Queda claro cómo la intención del legislador es la de conceder a los esposos que han solicitado el divorcio por mutuo acuerdo, la facultad de derogar, a través de su Convenio, el principio de irrevisabilidad, suavizando el rigor de la regla "a tanto alzado". No se ve pues -sigue diciendo- porque cuando el derecho común admite la revisión por "gravedad excepcional", no puede quedar esta posibilidad abierta para los casos en que la prestación haya sido fijada convencionalmente: "sería paradójico que la Ley previera en ciertos casos un régimen más flexible para revisar la prestación convencional mientras que en otros reforzara su rigidez. Así, en defecto de cláusula permitiendo la revisión en caso de cambio imprevisto, esta revisión sería posible en los supuestos de excepcional gravedad a través de la vía del art. 273".

A la solución contraria han llegado, entre otros, MASSIP (347) y BOYER (348) aduciendo la fuerza obligatoria del convenio realizado por los esposos en

caso de divorcio por mutuo consentimiento. La prestación compensatoria toma en estos casos un carácter convencional, tal y como pone de relieve el art. 278: "En caso de demanda conjunta, los esposos fijan el montante y las modalidades de la prestación compensatoria en el Convenio que someten a homologación judicial". La naturaleza particular de este Convenio -se pregunta BOYER (349) ¿no debe prohibir al Juez revisar, sobre la base del art. 273, la prestación convenida?. La solución, en su opinión, encontrará respuesta en el Derecho de Obligaciones.

El art. 1.134 Code se presenta como el principal obstáculo al poder judicial de revisión de los contratos, al disponer que: "Los Convenios aprobados judicialmente, tienen fuerza de Ley entre los que los hacen. No pueden ser revocados sino por consentimiento mutuo o por las causas que la Ley autoriza. Deben ser ejecutados de buena fe".

(347) MASSIP: op. cit., p. 228.

(348) BOYER: loc. cit., p. 263.

(349) BOYER: ult. loc. cit., p. 264.

De este precepto se deduce que "el Juez es un representante de la voluntad de los contratantes", así como "un servidor respetuoso del contrato"; en particular, le es imposible modificarlo sin el consentimiento de las partes.

El equilibrio del contrato puede quebrar en algunos casos debido a circunstancias exteriores, pudiendo provocar la ruina en una parte y el enriquecimiento inesperado en la otra. En tales casos parece prudente permitir al Juez someter la actividad contractual a la justicia distributiva. A pesar de esto -sigue diciendo-, los redactores del Código de Napoleón han preferido, siguiendo la tradición romana, colocar por encima de todo la estabilidad de los Convenios de las partes, de forma que no existe en el Código Civil francés, reglas generales que confieran al Juez el poder de modificar los acuerdos de los cónyuges basándose en razones de equidad. Han preferido, en lugar de establecer limitaciones generales a la fuerza obligatoria del contrato, introducir en el texto concretas manifestaciones esporádicas, que neutralicen en ciertos casos la aplicación de este principio.

Tomando ésto como base, acude a la Ley de 7 de julio de 1975 con objeto de ver si en ella se contempla alguna disposición concreta que faculte al Juez para

modificar la fuerza obligator⁴ de los Convenios efectuados por los esposos.

Una disposición de esta naturaleza la encontramos en el artículo 292 Code, según el cual "el Juez puede por motivos graves, modificar el Convenio del divorcio; pero su poder se limita a las cláusulas relativas al ejercicio de la patria potestad." No existe por el contrario, un texto análogo que permita la modificación en materia patrimonial.

Desechada la posibilidad de revisar judicialmente la pensión fijada en virtud de Convenio, a través del artículo 292, llega a la conclusión de que la excepción contemplada en el artículo 273 para los supuestos de "excepcional gravedad", no es de aplicación en aquel caso. El lugar que ocupa el artículo 279 n° 3 así como su redacción ("...Los esposos tienen sin embargo la facultad...), son significativos de la intención del legislador: "el Juez no debe modificar la prestación compensatoria más que si en el Convenio de divorcio ha sido insertada una cláusula "rebus sic stantibus" (350).

(350) En el mismo sentido se pronuncia MASSIP para quien "el Convenio homologado, verdadero contrato entre esposos, tiene un carácter definitivo. Vincula a

Ciertamente la cuestión es controvertida. Personalmente entiendo que la postura que ha de mantenerse es la defendida por BENABENT (351). Es cierto que los acuerdos adoptados por los cónyuges una vez que han sido aprobados judicialmente, adquieren por decisión expresa del legislador, la misma fuerza ejecutoria que una sentencia. No obstante, esta fuerza contractual no puede ser interpretada en términos absolutos tales que se coloque, en determinados casos, a los esposos que han solicitado el divorcio por mutuo acuerdo en una posición desfavorable respecto a los que han obtenido un divorcio contencioso.

Pienso que cuando las medidas adoptadas por los cónyuges de común acuerdo llegaran a producir, en razón de circunstancias imprevisibles en sus recursos y necesidades, consecuencias de "excepcional gravedad"

las partes y no puede ser revisado a petición de una de las partes; ello es así incluso si la ausencia de revisión produjera consecuencias particularmente graves para uno u otro cónyuge: la cláusula de dureza prevista por el art. 273 para el caso en que la prestación compensatoria haya sido fijada por el Juez no será de aplicación en el caso de divorcio por consentimiento mutuo". MASSIP: op. cit., p. 228.

(351) BENABENT: op. cit., p. 258.

para alguno de ellos, es posible su modificación bien judicialmente, bien a través de un nuevo Convenio (352). Ello por cuanto que el excesivo intervencionismo que el derecho francés -al igual que la mayoría de las legislaciones modernas- confiere al órgano judicial, se pone de manifiesto tanto en los casos en que el divorcio sea contencioso como en aquellos en que exista mutuo acuerdo. El divorcio presentado mediante demanda conjunta, no es un divorcio puramente contractual, e igualmente las medidas adoptadas por los esposos a través de Convenio necesitan ser homologadas judicialmente. Ello es así con objeto de evitar que como consecuencia de las mismas se deriven para alguno de los cónyuges consecuencias perjudiciales.

Consecuentemente, si se exige la intervención judicial para aprobar las medidas adoptadas convencionalmente por los esposos con objeto de evitar un perjuicio para alguno de ellos, no hay razón para no admitir que, de la misma forma, el órgano judicial podrá interve-

(352) Esta es la solución que ha seguido nuestro Código Civil, al decir el art. 90 que: "...Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo Convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias...".

ni cuando tales medidas, como consecuencia de la sobreveniencia de nuevas circunstancias, originen consecuencias de "excepcional gravedad para alguno de los esposos. Sería ilógico, en el caso a tratar, entender que a través del artículo 279, el legislador francés impide la actuación judicial en los casos en que los acuerdos de los cónyuges resulten excesivamente gravosos para uno de ellos.

Lo que por el contrario debe entenderse, es que a través de dicho precepto, se ha ampliado el campo de revisión de la prestación compensatoria; se faculta a los cónyuges que soliciten el divorcio de mutuo acuerdo para pedir la revisión judicial, no solamente en los concretos y limitados supuestos en que, conforme al art. 273, su ausencia les produzca "consecuencias de excepcional gravedad", sino también en todos aquellos en que de forma imprevista se alteren los recursos y las necesidades de uno u otro cónyuge, a través de la inserción de cláusulas que expresamente prevean tal modificación.

Concluyo este extremo afirmando que, aún en caso de ausencia de las cláusulas que expresamente permite el artículo 279 introducir en su Convenio a los esposos que hayan solicitado el divorcio por mutuo acuerdo, nada impide que uno de ellos, cuando la ausencia de revisión le origine consecuencias de "excepcional gra-

vedad", solicito la modificación judicial de la prestación compensatoria fijada convencionalmente.

Al margen de ésta, otra cuestión que en el Ordenamiento francés puede plantear dificultades, es la del procedimiento que, en la práctica, ha de seguirse para revisar la prestación entregada en forma de capital.

Frente a la ausencia de problemas que la revisión de la pensión satisfecha en forma de renta plantea, hay que destacar la dificultad que en la práctica supone el revisar una prestación entregada en principio con la finalidad primordial de extinguir definitivamente las relaciones entre los esposos y acabar con los posibles conflictos entre ellos (353).

Nada dice el Code acerca de los criterios que el órgano judicial ha de utilizar para proceder a la re-

(353) Así lo ve también en nuestro Ordenamiento GARCIA CANTERO para quien "La revisión de la pensión resulta fácil de realizar cuando se está abonando periódicamente, pero si se entregó un capital en dinero, acaso hace ya muchos años, tal revisión podrá plantear dificultades insuperables (por ejemplo si el cónyuge o ex-cónyuge del mismo reclama una parte por haberse arruinado)". GARCIA CANTERO: "Derecho Civil español Común y Foral... op. cit., p. 948.

visión del capital. BENABENT (354), salvando las dificultades que tal operación conlleva, afirma "que 'la maintenance' puede ser disminuida si deviene excesiva, o aumentada si resulta insuficiente. Esta disminución puede ser llevada a efecto en la práctica ordenando la restitución de una parte de las sumas o valores colocados en manos de un tercero" o bien "extinguendo o restringiendo el usufructo constituido sobre los bienes muebles o inmuebles. No sería justo que el esposo acreedor continuara, por ejemplo, percibiendo las rentas de valores o de inmuebles entregados, cuando con posterioridad al divorcio ha venido a mejor fortuna".

Las dificultades que la revisión de una pensión satisfecha en forma de capital plantea en la práctica, junto con la propia finalidad que persigue, han llevado a la mayor parte de los Ordenamientos a negar tal posibilidad.

Tal es la postura mantenida por la mayor parte de la doctrina italiana, donde la cuestión suscitó una viva polémica entre los que, alegando el carácter transaccional y aleatorio del capital, negaban su posi-

(354) Vid. opinión de BENABENT en p. 196.

bilidad de revisión (355), y los que, considerando que se trataba simplemente de una forma liberatoria del pago de la pensión en forma de renta, admitían dicha revisión en caso de cambios sobrevenidos en la situación de los ex-cónyuges (356). La Jurisprudencia italiana se ha decantado por la primera solución, excluyendo la posibili-

(355) DAGNINO, alegando el carácter parcialmente aleatorio de la entrega de la pensión en capital, considera que "por cuanto que a través de ella se interrumpen definitivamente las relaciones patrimoniales entre los cónyuges divorciados, queda excluida la posibilidad de revisión. DAGNINO: loc. cit., p. 179; en el mismo sentido afirma PALLADINO que "el supuesto del acuerdo sobre la forma de pago en capital se encuadra en el instituto de la transacción, de forma que en la selección de tal tipo de solución va implícito un elemento de azar que puede volverse contra el destinatario de la prestación en el caso de que sobrevengan nuevas circunstancias, irrelevantes en este caso, y que habrían permitido un aumento de la pensión periódica, pero que también puede jugar a su favor impidiendo que el derecho se extinga en caso de nuevas nupcias. Así pues, en caso de satisfacción de la pensión 'de una sola vez', me inclino por la inmodificabilidad de la pensión". PALLADINO: op. cit., p. 238; COCCIA-CIALDINI en la misma línea dicen que por cuanto que la modalidad de pago a tanto alzado "se considera como un acuerdo transactivo, debe considerarse que una vez realizada la transacción no podrá invocarse la revisión por circunstancias sobrevenidas". COCCIA CIALDINI: op. cit., p. 1.721.

(356) En este sentido se pronuncia GRASSI para el cual "en los casos en que la pensión sea satisfecha de una sola vez, los cambios sobrevenidos en las condiciones respectivas de los cónyuges debe dar lugar a una adecuación a través del procedimiento expresamente previsto por la Ley de 1 de diciembre de 1970 en su artículo 9". GRASSI: op. cit., p. 196.

dad de aplicación del art. 100 de la Ley 1 de diciembre de 1970 y por tanto la posibilidad de revisión en los casos en que la pensión hubiera sido pagada "a tanto alzado" (357).

En nuestro Ordenamiento, la posibilidad de revisar la pensión por desequilibrio económico se admite, con carácter excepcional, en los supuestos en que, como dice el artículo 100, sobrevengan "alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges". El precepto dice lo siguiente: "Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges" (358).

El legislador español consciente de la posible fuente de conflictos que las continuas modificaciones de la pensión fijada judicialmente puede originar entre los cónyuges, ha querido formular la posibilidad de re-

(357) Ver Sent. Tribunal Roma 25 gennaio 1977 con nota de DALL'ONGARO. Dir. Fam. e pers. 1977, pp. 654 ss.; Sent. Tribunal de Bari 12 de marzo 1971. For. it. 1971, p. 1.717.

(358) El artículo 100 del Proyecto del Gobierno de 1 de marzo de 1980 decía: "...La pensión podrá ser modificada por variaciones sustanciales de la fortuna o de las necesidades de uno y otro cónyuge".

visión con un carácter excepcional y restrictivo (359); sólo podrá ser demandada en caso de que con posterioridad a la fijación de la pensión, sobrevengan "alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges.

Nada dice el Código acerca de lo que, a estos efectos, ha de entenderse por "alteraciones sustanciales en la fortuna de los esposos". Nos recuerda esta fórmula a la utilizada por el legislador francés en el artículo 273 Code en el que se hablaba de "consecuencias de excepcional gravedad"; la delimitación de esta expresión corresponde, en último término, a la autoridad judicial la cual en la mayor parte de los casos, vimos que la interpretaba en sentido restrictivo (360).

De la misma forma, nuestro legislador confía al órgano judicial la delimitación de lo que, en materia de revisión de la pensión, ha de entenderse por la ex-

(359) A favor del carácter excepcional: SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil..." op. cit., p. 263; ROCA TRIAS: "Efectos comunes a la nulidad... Comentarios..." op. cit., p. 639; GARCIA CANTERO: "Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales..." op. cit., p. 441; en contra FOSAR BENLLOCH para quien el criterio del art. 100 deja una fácil apertura a la revisión. FOSAR BENLLOCH: op. cit., p. 433.

(360) Vid. pp. 389 ss.

presencia regulada en el art. 100 C.c. Como consecuencia, en nuestro sistema "se confía excesivamente en el buen juicio del Juez, al establecerse en el art. 100 un criterio tan vago y que suscita tantos interrogantes. Quizá los jueces desearían menos poderes y más reglas jurídicas para determinar los casos y los criterios de revisión de esta atípica pensión" (361).

A la vista del precepto, lo primero que puede decirse es que, en razón del carácter restrictivo con que ha sido formulado, para que prospere la revisión de la pensión no basta cualquier alteración de las condiciones económicas de las partes; tal alteración, en palabras del propio código, ha de ser "sustancial", alcanzando una entidad suficiente para -como apuntan LASARTE Y VALPUESTA (362)- "desequilibrar el equilibrio económico instaurado por la pensión" (363). No todo cambio en las condiciones de las partes, respecto a aquellas que

(361) FOSAR BENLLOCH: op. cit., p. 433.

(362) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 782.

(363) Destacan también estos autores, como una segunda nota que han de reunir las "alteraciones sustanciales", la "permanencia"; estas alteraciones han de estar alejadas de coyunturalidad alguna. LASARTE Y VALPUESTA: ult. op. cit., p. 782.

fueron contempladas en el juicio de separación o de divorcio, van a conceder un derecho a reclamar judicialmente la revisión de la pensión.

Quedan así excluidas las variaciones derivadas del normal desarrollo de la vida de los cónyuges: aumentos de la renta de trabajo (364) aumento de los ingresos en razón de una mejor marcha de los negocios, incremento del capital proveniente del ahorro de los cónyuges, elevación normal de los gastos familiares, etc...

La mayor parte de la doctrina se inclina por considerar excluidas de las causas de modificación la variación de las circunstancias personales y subjetivas de los cónyuges, para encuadrar dentro de aquellas los criterios de carácter objetivo que pueden llevar a un cambio en la situación de los interesados. Ello, en aplicación de la propia norma legal, la cual hace referencia simplemente a las alteraciones patrimoniales en la fortuna.

(364) VAZQUEZ IRUZUBIETA, comentando el art. 100, dice que "una persona que se encuentra amenazada con el riesgo de tener que aumentar el montante de su obligación periódica de pago a su ex-cónyuge, pierde todo incentivo de trabajo, porque se encuentra amenazada por la inseguridad patrimonial que se produce, si en el cambio de fortuna de uno o de otro cónyuge, tornan posible modificar los

Siendo ésto así, lo que no cabe duda es de que, cuando dichas alteraciones de carácter económico sean consecuencia directa de determinadas circunstancias personales de los cónyuges, éstas indirectamente se convierten en causas o criterios de modificación. Así, por ejemplo, SANCHO REBULLIDA (365) afirma que "una grave enfermedad crónica no dará derecho a pedir más a quien la padece, salvo que disminuya sustancialmente por causa de ella, su fortuna"; lo mismo hay que decir en el caso contrario de que uno de los cónyuges se cure de una enfermedad que había sido tomada en cuenta en el momento de otorgamiento de la pensión; en este caso, "sólo cuando los ingresos de aquélla aumenten de forma sustancial, podrá disminuirse el importe de la pensión, pero no si se dedica al descanso percibiendo las mismas rentas, y ello disminuyan sus gastos".

Por otra parte, en nuestro Código no existe una norma -al estilo del art. 179 Code- en virtud de la cual los cónyuges puedan prever, "a priori", la posibilidad de revisión de la pensión en caso de cambio impre-

alcances de la sentencia que fija la pensión".
VAZQUEZ IRUZUBIETA: op. cit., p. 429.

(365) SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil..."
op. cit., p. 263.

de las circunstancias. La razón que podemos encontrar en que mientras que la prestación compensatoria francesa, a tenor del art. 271 del Code, es fijada según las necesidades y los recursos de los esposos, teniendo en cuenta tanto la situación al momento del divorcio como la evolución de esta en un futuro previsible, la pensión española persigue el equilibrio de los cónyuges solamente al momento del divorcio. Puesto que nada se dice en el artículo 97 C.c. acerca de la necesidad de tomar en consideración la situación futura de los esposos, no es de extrañar que tampoco se admita la posibilidad de que la evolución futura de las necesidades y de los recursos de los cónyuges sea tomada en cuenta a efectos de una posible modificación de la pensión (366).

(366) SANCHO REBULLIDA se pregunta "si el Juez puede fijar, por tramos, importes distintos de la pensión, o sea importes variables con el curso del tiempo, siguiendo la variación los presumibles aumentos o disminuciones de riqueza del prestador y el favorecido: se previene que pasados cinco años se pagará la mitad de la pensión, porque el obligado a pagarla se jubila entonces o porque quien la cobra podrá reciclarse en su profesión y obtener un puesto de trabajo; o bien que al cabo de dos años el deudor abonará el doble, porque para entonces tendrá un importante aumento de sueldo. La respuesta considera que ha de ser, probablemente negativa, pues con la pensión se trata sólo de acudir al actual "desequilibrio económico", que se supone constante: las alteraciones sustanciales" de que habla el art. 100 son las ya sobrevenidas; y no las por venir". SANCHO REBULLIDA: "Elementos..." ult. op. cit., p. 263.

sobrevenida con posterioridad al juicio de divorcio alguna circunstancia que de forma imprevisible haga aumentar o disminuir notablemente la fortuna de alguno de los cónyuges, el más perjudicado podrá solicitar la revisión judicial de la pensión inicialmente fijada. Este aumento o disminución ha de ser notable, de forma que no cualquier alteración, sino sólo aquélla que pueda ser calificada de "sustancial", darán derecho a obtener una modificación. No estableciendo el Código ningún criterio para la fijación de lo que ha de entenderse por "alteraciones sustanciales", puede decirse que corresponderá al Tribunal sentar los límites de tal expresión, atendiendo al caso concreto. Lo que sí puede afirmarse es que la intención del legislador ha sido la de que la misma sea interpretada con carácter restrictivo y excepcional.

Habrá lugar a una revisión, en aquellos supuestos en que la fortuna del obligado a satisfacer la pensión sea insuficiente para realizar el pago. Plantea ROCA TRIAS (367) el supuesto de que la fortuna del obligado sea menor porque ha contraído nuevas obligaciones,

(367) ROCA TRIAS: "Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia..." op. cit., p. 639.

tales como alimentos que deba prestar a los hijos que tenga después del divorcio anterior, o a un nuevo cónyuge.

El tema ya fue resuelto en páginas anteriores (368), en las cuales se dejó patente que en aquellos supuestos en los que la sobrevenida de nuevas cargas alimenticias para el deudor de la pensión le hiciera excesivamente gravoso el mantenimiento de la cuantía de pensión inicialmente fijada en la sentencia, podrá aquél solicitar del Juez su revisión.

No lo entiende así ROCA TRIAS (369) para quien, "el Código civil utiliza criterios objetivos: alteraciones sustanciales de la fortuna de uno u otro cónyuge, sin referirse para nada a sus necesidades subjetivas; por tanto, no podrá el deudor pretender que se elimine o rebaje la pensión que satisface a su ex-cónyuge cuando el propio deudor vuelva a contraer matrimonio".

Entiendo, sin embargo, que dentro del concepto de "alteraciones sustanciales", puede tener perfecta ca-

(368) Vid. pp. 314 ss.

(369) ROCA TRIAS: "El Convenio Regulador..." op. cit., p. 253.

bida, la asunción por el deudor de nuevas cargas familiares en cuanto hecho que, imprevisible al momento de fijación del montante inicial de la pensión, puede conllevar a una disminución considerable en su fortuna.

A la vista de lo expuesto, puede decirse que, en términos generales, procederá la aplicación del art. 100 y, por tanto, podrá solicitarse la revisión de la pensión inicialmente fijada en la sentencia de separación y de divorcio, en todos aquellos casos en que sobrevengan circunstancias imprevisibles, favorables o desfavorables que alteren sustancialmente la fortuna de alguno de los esposos. La revisión de la pensión persigue, fundamentalmente, la creación de un nuevo equilibrio entre las posiciones de las partes tomando como base los nuevos hechos sobrevenidos.

CAPITULO V

GARANTIAS DEL PAGO DE LA PENSION

Uno de los principales problemas con que en la práctica nos enfrentamos en materia de pago periódico de prestaciones, es sin duda el de su efectividad. Decretada su procedencia, así como su cuantía, la dificultad surge a la hora de garantizar su cumplimiento (370).

Nuestro Código Civil, en materia de separación y divorcio, ha facultado al Juez a través de diversos preceptos, para que arbitre los medios de aseguramiento y garantía que estime oportunos a los fines de hacer cumplir las medidas adoptadas (371).

(370) El Ex-Ministro de Justicia, Sr. Fernández Ordóñez, reconocía en una tertulia televisiva (domingo 4 de octubre, 1981), que uno de los puntos más débiles en la regulación del divorcio, era el aseguramiento del pago de las pensiones y añadía como dato confirmatorio, que en países de larga tradición y experiencia divorcista como los EE.UU. el 50% de las pensiones no se cobraban... Vid. A.J. 1981, VIII, p. 87.

(371) El art. 90 "in fine" dice: "...El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del Convenio"; en el art. 91 se faculta al Juez para que, "en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, ...determine las cautelas o garantías necesarias"; el art. 93, en relación con las contribuciones por alimentos, establece que para su aseguramiento "...el Juez adoptará las medidas

Consecuentemente, por lo que afecta a la pensión por desequilibrio, es el propio artículo 97 quien, en su último párrafo, ordena al Juez que fije en la resolución judicial las garantías para su efectividad.

La imprecisión de la Reforma nuevamente se pone de manifiesto en este punto. El legislador se ha limitado a imponer al órgano judicial la obligación de sentar en la resolución judicial las medidas tendentes a asegurar la efectividad de la pensión, pero no dice nada acerca de cuáles han de ser tales medidas.

Encontramos aquí un nuevo punto de alejamiento entre nuestro sistema y el que, en teoría, se ofrece como su modelo más fiel: el francés.

En este Ordenamiento, a pesar de que -a diferencia del español- el pago de la prestación compensatoria en forma de renta ha sido acogida como modalidad subsidiaria frente a la normal en capital, se han consagrado en el Code medidas concretas para asegurar su efectividad.

convenientes para asegurar la efectividad y acomodamiento de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento".

El art. 275, en su último párrafo, instaura una medida de aseguramiento interesante, al condicionar el pronunciamiento del divorcio a la entrega efectiva del capital o a la constitución de las garantías previstas en el art. 277. Tales garantías son: la hipoteca legal o judicial, la prenda y la fianza. Dice en concreto el precepto: "Con independencia de la hipoteca legal o judicial, el Juez puede imponer al esposo deudor, que constituya una prenda o que dé una fianza para garantizar la renta.

La precisión de esta normativa contrasta con la generalidad de la fórmula utilizada por el legislador español. Tal generalidad no puede llevarnos sino a entender, que en principio, cualquier tipo de garantía, personal o real, puede ser adoptada por el órgano judicial como medida de aseguramiento y de efectividad del pago de la pensión (372).

(372) Esta afirmación encuentra apoyo en el último párrafo del art. 90, el cual expresamente alude como medidas de garantía para asegurar el cumplimiento del convenio regulador, a las personales y reales. El art. 1.891 L.E.C. en relación con las medidas provisionales posteriores a la demanda establece que "para el aseguramiento de tales medidas y en especial para que quede garantizado el pago de las pensiones alimenticias correspondientes a un año, como máximo, el Juez, de oficio, o a instancia de parte, podrá acordar la formación de inventario,

A la misma solución, si bien a través de una formulación expresa del art. 8 de la Ley 1 diciembre, 1970, se llega en el Derecho italiano. A tenor de dicho precepto: "El Tribunal que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, puede imponer al obligado la constitución de adecuadas garantías reales o personales si existe peligro de que pueda sustraerse al cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 5 y 6.

La Sentencia constituye título para la inscripción de la hipoteca judicial en el sentido del art. 2.818 del C.c.

El Tribunal puede ordenar que una parte de las rentas o de los productos del trabajo del obligado sea entregada directamente a los que tienen derecho a las prestaciones a las que alude la referida norma" (373).

constitución de depósito o anotaciones o inscripciones en los Registros públicos así como cualquier otra garantía de naturaleza análoga".

El actual art. 103 nº 3, habla de: garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cuatrelares convenientes.

(373) En opinión de FOSAR BENLLOCH en el Derecho español, "debiera modificarse, si fuera preciso, la L.E.C. a fin de que la pensión del art. 97 y en

La imposición de una garantía personal como medida de aseguramiento de una pensión derivada del divorcio, puede resultar en cierto modo inadecuada, por cuanto que su constitución comporta la necesidad de introducir a un tercero, extraño a la relación conyugal (374). Pese a esta dificultad, siendo la garantía personal "por excelencia", la fianza, y admitida expresamente en nuestro Código a través del art. 1.823 la fianza judicial, nada impide que tal medida de aseguramiento personal sea decretada por el Juez para garantizar el pago de la pensión (375).

Las garantías reales aparecen recogidas en nuestro Código en los artículos 1.857 a 1886. De entre ellas, destaca la hipoteca como forma normal de garantía sobre bienes inmuebles. Para su constitución hay que estar a lo previsto en los arts. 1.874 a 1.880 así como a las normas de la vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (376).

general todas las derivadas de la separación y divorcio, tuvieran fácil pago por medio del pago directo de la nómina o sueldo del deudor, sin demoras ni entorpecimientos". FOSAR BENLLOCH: op. cit., p. 417.

(374) Vid. DAGNINO: loc. cit., p. 178.

(375) En concreto para la fianza judicial, ver arts. 1.854, 1.855 y 1.856 C.c.

(376) La constitución de una hipoteca como medida de ga-

Esta Ley Hipotecaria, ha introducido en su art. 157 una modalidad de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas aplicable a la pensión del art. 97. Su constitución exige, como requisitos expresamente marcados por el propio art. 157, que "en la Inscripción se haga constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo o forma con que deban ser satisfechas...".

Al margen de ésta, cabría hablar, como posible medida de aseguramiento de la efectividad de la pensión, de cualquier otra garantía admitida y regulada por el Derecho vigente: depósitos, retenciones, prenda, etc. GONZALEZ POVEDA considera, que una de las formas más eficaces para asegurar la efectividad de las prestaciones, es la retención de sueldos, salarios u otra clase de retribuciones que se perciben de forma fija y periódica por él obligada al pago; "supone una expropiación de parte de esos ingresos fijos y periódicos que es sa-

rantía de las obligaciones derivadas del divorcio, ya fue prevista en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 en cuyo art. 33 se decía: "El alimentista puede exigir la constitución de hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficiente para garantizar el cumplimiento de la obligación. Si el obligado careciese de bienes propios en que constituir la hipoteca o fuesen insuficientes, el Juez determinará, según las circunstancias, las garantías que haya de prestar".

tisfecha directamente por la persona o entidad pagadora" (377).

En la actualidad, no existe en nuestro Código civil, a diferencia de lo que ocurría en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, un precepto del cual puedan seguirse consecuencias penales por el impago de la pensión de divorcio. El art. 34 de dicha Ley decía, que "el cónyuge divorciado, que viniendo a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud del Convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas. La reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión".

El principal inconveniente con el que chocan las medidas de garantía a las que nos hemos venido refiriendo, es el de exigir normalmente para su efectividad, la existencia, en la parte deudora de la obligación, de una capital de cierta entidad en bienes muebles o inmuebles, lo cual no es la regla general. En el mejor de

(377) GONZALEZ POVEDA: "La Ley del Divorcio..." op. cit., p. 87.

los casos, existiendo dicho capital, los procesos que acompañan a la ejecución de estas formas de garantía son largos y costosos; de aquí que en algunos Ordenamientos comparados se hayan buscado fórmulas nuevas tendentes a conseguir el aseguramiento del pago de las prestaciones periódicas.

Destaca, entre otros, el moderno Sistema de garantía acogido por el legislador francés. Ante el alarmante número de pensiones alimenticias impagadas y, en consecuencia, la creciente insatisfacción de los acreedores al no ver pagados sus créditos (378), los legisladores de este país, dejando a un lado las figuras tradicionales de garantía, arbitraron nuevas vías de aseguramiento a través de dos mecanismos instaurados respectivamente por dos Leyes. Así, puede decirse que los principales sistemas de garantía de las prestaciones alimenticias utilizados en el Derecho francés son:

1º. Sistema de Recaudación mediante pago di-

(378) El Sr. Lecanuet, en los Debates del Proyecto de la Ley sobre Recaudación pública de pensiones alimenticias de 11 de julio, 1975, manifestó que un 40% sólo de las pensiones alimenticias son pagadas regularmente y que el 27% no lo son jamás. Dato extraído de LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 71.

Decreto, introducido por Ley de 2 de enero, 1973 (379).

2º. Sistema de Recaudación pública de las pensiones alimenticias introducido por Ley de 11 de julio, 1975 (380).

1º. Recaudación mediante pago directo.- Es un procedimiento instaurado por Ley de 2 enero 1973, en virtud del cual se faculta al acreedor de una pensión alimenticia para que en caso de impago se dirija directamente contra el empresario de su deudor, a fin de que le pague directamente el crédito a través del sueldo, productos de trabajo o cualquier tipo de renta fija que viniera percibiendo el deudor.

La Ley de 11 de julio de 1975, reguladora del sistema de recaudación pública, no ha hecho desaparecer este procedimiento; únicamente ha introducido en él diversas modificaciones con el fin de adaptarlo a la nueva normativa de divorcio, y en concreto a la presta-

(379) Loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire. Decret du 1 mars 1973.

(380) Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires. Decret du 31. decembre 1975.

ción compensatoria satisfecha en forma de renta; su art. 18 ha venido a ampliar el campo de aplicación del procedimiento de pago directo, dando una nueva redacción al art. 1 de la Ley de 2 de enero 1973. Así, a tenor de dicho art. 18: "El tercer párrafo del art. 1 de la Ley nº 73-5 de 2 de enero 1973 es remplazado por las disposiciones siguientes: 'Este procedimiento es aplicable para la recaudación de las contribuciones a las cargas del matrimonio previstas por el art. 214 del Code Civil. También lo será para la de la renta prevista por el art. 276 y los subsidios previstos en el art. 342 del mismo Código'".

Con la referencia al art. 276, queda expresamente reconocida la posibilidad de aplicar el procedimiento de pago directo a la prestación compensatoria satisfecha en forma de renta. Tal posibilidad ha sido también prevista por la Ley de Divorcio de 11 de julio 1975 (381), la cual, en su art. 16, II, añade un art. 7-1 a la de 2 de enero 1973, redactado en los siguientes términos: "Las disposiciones de la presente ley son

(381) Si bien de la misma fecha, no deben ser confundidas la Ley nº 75-617 de 11 julio 1975 portant reforme du divorce con la Ley nº 75-618 relative au recouvrement public des pensions alimentaires. ..

aplicables en todos aquellos casos en los que un esposo divorciado o separado sea acreedor de una prestación en forma de renta prevista en el art. 276 del Code Civil".

El pago directo es aplicable desde el momento en que una pensión fijada judicialmente, siendo exigible, no haya sido satisfecha en el plazo señalado. Basta un retraso de un día sobre la fecha fijada, así como también que el pago realizado al momento pactado sea incompleto para que el acreedor pueda poner en funcionamiento este mecanismo (382).

El tercero -empresario- está obligado a pagar, no sólomente los créditos exigibles que se devenguen a partir del momento en que se inicia el sistema de pago directo, sino también deberá satisfacer, caso de haberlos, los atrasos correspondientes a los seis meses anteriores al momento en el que le haya sido notificada la demanda de pago directo; estos atrasos serán pagados fraccionadamente en doce mensualidades.

Esta obligación ha sido expresamente formula-

(382) CHOAIN-DESCAMPS-ROYER: op. cit., p. 218...

da por la Ley de 11 de julio 1973 sobre recaudación pública de las pensiones alimenticias, la cual, en su art. 19 ha modificado la redacción del art. 5 de la de 2 de enero 1973 sobre pago directo. Dice el art. 19: "El art. 5 de la Ley nº 73-5 de 2 de enero 1973 es remplazado por las disposiciones siguientes: art. 5.- 'El procedimiento de pago directo es aplicable a los vencimientos futuros de la pensión alimenticia.

También lo será, a los plazos de los seis últimos meses anteriores a la notificación de la demanda de pago directo. La liquidación de estas sumas es realizada por fracciones iguales en un período de doce meses'" (383).

(383) Pensemos, por ejemplo, en una persona que deviene deudora de una pensión alimenticia por una cuantía de 50.000 pesetas mensuales. Si transcurrido el primer mes, la pensión no ha sido pagada, el acreedor sin más demora, puede interponer una demanda de pago directo a fin de que a partir de ese momento, el empresario de su deudor sea quien realice los pagos.

Puede ocurrir, sin embargo, que el acreedor, en espera del pago, hubiera dejado transcurrir un año antes de decidirse a interponer la demanda de pago directo; en tal caso, una vez interpuesta la demanda, el empresario o tercero que viniera obligado al pago directo de la pensión, quedaría obligado a satisfacer, no sólomente las futuras mensualidades de 50.000 ptas., sino también los atrasos correspondientes a los seis meses anteriores al momento en que le hubiera sido notificada la de-

La notificación al tercero ha de ser recibida por el "huissier" (384); éste ha de tener a su disposición todos los datos de identificación tanto del tercero como del deudor de la pensión alimenticia; faltando alguno, podrá acudir a cualquier organismo público para que se lo faciliten (385); seguidamente, "el huissier avisa al deudor a través de carta certificada de la no-

manda de pago directo; estos atrasos los tendría que pagar fraccionados por igual en doce meses. Así, lo que vendría obligado a pagar cada mes durante un año sería:

$$50.000 + \frac{6 \times 50.000}{12} = 75.000 \text{ ptas. mensuales}$$

50.000: cuantía de pensión fijada
 6: límite de meses exigible
 12: número de meses en los que han de pagarse los atrasos

Transcurridos los 12 meses y pagados los atrasos, la cantidad que deberá pagar el tercero es 50.000 ptas.

- (384) "Huissier" equivale a agente judicial.
- (385) Así lo dice expresamente el art. 16, I de la Ley de Divorcio nº 75-617 de 11 julio 1975 modificadora del art. 7 de la de 2 enero 1973 sobre pago directo: Art. 16.- La Ley nº 73-5 de 2 de enero 1973 relativa al pago directo de la pensión alimenticia queda modificada de la siguiente forma: I) El art. 7, párrafo primero de esta Ley es remplazado por las disposiciones siguientes: 'Bajo reserva del art. 6 de la Ley nº 51-711 de 7 de junio 1951 relativa al secreto en materia de estadísticas, los administrativos al servicio del Estado y de las colectividades públicas, los organismos de seguridad social y los organismos que aseguren las pres-

eficacia realizada al empresario. Los gastos de procedimiento corren a cargo del deudor de la pensión.

En el caso de que el tercero obligado al pago directo no lo realice, es castigado con una multa de 600 a 1.000 francos, que puede convertirse en el doble en caso de reincidencia.

Esta vía de ejecución es simple, rápida y totalmente gratuita para el acreedor. Los resultados que hasta el momento ha venido obteniendo en Francia pueden considerarse satisfactorios; después de una encuesta realizada a alguno de los "huissiers" que lo han practicado, sobre más de siete mil demandas recibidas, seis mil han tenido un resultado favorable (386). Como inconveniente principal puede destacarse, el que sólomente

taciones sociales están obligados a reunir y a comunicar, realizando todas las diligencias necesarias, al ujier de justicia encargado por el acreedor de formalizar la demanda de pago directo, todos los datos de los que dispongan o puedan disponer que permitan determinar la dirección del deudor de la pensión alimenticia, la identidad y la dirección de su empresario o de cualquier deudor o depositario de sumas líquidas o exigibles. Un Decreto, en Consejo de Estado precisará las condiciones de ejecución de esta obligación y las sanciones que entrañe su violación...".

(386) GROSLIERE: op. cit., p. 182.

podrá ser utilizado en aquellos casos en los que el deudor de la pensión alimenticia sea asalariado y perciba un sueldo o renta fija; será pues imposible su aplicación cuando el deudor desarrolle una actividad liberal u otra cualquiera de la que no deriven productos de trabajo fijos, satisfechos por un tercero.

2º. Recaudación pública de las pensiones alimenticias.— Es un procedimiento subsidiario de pago de las pensiones alimenticias introducido por la Ley nº 75-618 de 11 de julio 1975, a través del cual tales pensiones son recaudadas por el Tesoro Público mediante los procedimientos utilizados en materia de impuestos. Pueden ser objeto de este procedimiento, tal y como dice el art. 1 de la Ley, "toda pensión alimenticia fijada judicialmente y devenida exigible, cuya recaudación, total o parcial, no haya podido ser obtenida por una de las vías de ejecución del derecho privado...". De este precepto se desprenden las condiciones o requisitos necesarios para la puesta en marcha de este mecanismo:

- 1º. que el crédito o pensión alimenticia haya sido fijado por una decisión judicial en virtud de la cual devenga exigible.
- 2º. que el acreedor haya acudido sin resultado a alguna de las vías de ejecución del derecho privado.

En relación con la segunda de las condiciones exigidas, la doctrina francesa se plantea la cuestión de si es preciso que el acreedor haya agotado todas las vías de ejecución o, si por el contrario, bastaría con que hubiera intentado alguna sin resultados favorables. LINDON Y BERTIN entienden, que por cuanto que el sistema debe ser simple, rápido, eficaz y gratuito, para ponerlo en marcha será suficiente con que el acreedor haya realizado una tentativa seria de obtener el pago de la pensión a través de alguna vía de ejecución, no siendo necesario agotarlas todas (387). En la mayor parte de los casos, esta vía de ejecución previa a que alude el artículo 1 no es otra que la del procedimiento de pago directo, expuesta en el apartado anterior. Bastaría pues, haber intentado el cobro de la pensión alimenticia a través de tal procedimiento sin resultados positivos, para que pudiera activarse el mecanismo de la Recaudación pública.

Según dispone el art. 2º, "La demanda de Recaudación pública de las pensiones alimenticias ha de ser dirigida por el acreedor al Fiscal del Tribunal de Gran Instancia del domicilio de aquél. Esta demanda se-

(387) LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 75.

recaudativa si el acreedor justifica que no ha recurrido a alguna de las vías de ejecución del derecho privado y este recurso ha sido infructuoso" (388). El Fiscal, comprobados los requisitos exigidos, establece un título ejecutivo que transmite el Tesoro con el fin de que proceda a la Recaudación de los pagos de pensión que hayan de vencer, así como también, caso de que proceda, de los que ya han vencido en los seis meses anteriores a la fecha de la demanda (389). El fiscal debe añadir al título ejecutivo las modificaciones -aumentos, reducciones o supresión- que experimente la pensión alimenticia (390).

(388) En el Proyecto inicial del Gobierno, la admisión de la demanda dirigida al Fiscal quedaba sometida a la condición de que el deudor de la pensión no estuviera en "estado de indigencia". No obstante, la definición de este estado así como la dificultad de su prueba, hicieron que el Gobierno renunciara a la introducción de este dato. A pesar de ello, el Fiscal puede rechazar la demanda cuando del expediente se desprenda que el deudor, no tiene residencia, ni bienes, ni ningún tipo de rentas en el país. LINDON Y BERTIN: op. cit., p. 76. Las referencias que sobre los debates parlamentarios de la Ley sobre recaudación pública, se hagan en esta exposición han sido extraídos de LINDON Y BERTIN, pp. 69 y ss.

(389) El Proyecto inicial preveía sólo tres meses de atrasos.

(390) Vid. art. 3 Ley nº 75-618 de 11 juillet 1975.

La recaudación pública de las cantidades es efectuada -tal y como lo establece el art. 7 de la Ley- por los contables directos del Tesoro según los procedimientos aplicables en materia de impuestos. Al igual que sucede en materia fiscal, el montante de las cantidades que se entregan para la recaudación experimentan un aumento del 10% en provecho del Tesoro Público a título de gastos de recaudación.

A tenor de lo dispuesto en el art. 5 de la Ley, "desde el depósito de la demanda de admisión del procedimiento de recaudación pública y hasta la cesación del mismo, el acreedor no puede ejercitar ninguna acción dirigida a obtener el pago de las sumas que constituyen el objeto de tal demanda". Es el Tesoro quien deviene titular del crédito y quien queda subrogado en todas las acciones y garantías del acreedor de origen.

Desde la notificación al deudor de las sumas que han de constituir el objeto de la recaudación pública, no podrá liberarse válidamente sino entregándolas al contable del Tesoro (391). En caso de muerte del deudor o cuando haya sido constatada la imposibilidad de

(391) Vid. art. 9.

re una vez el crédito, el contable devuelve el título ejecutivo al Fiscal, quien pondrá fin al procedimiento de recaudación pública y eximirá a dicho contable de sus obligaciones (392).

Otra forma de extinción del procedimiento es a través de la renuncia del acreedor. Este, actuando sólo o conjuntamente con el deudor, puede renunciar al procedimiento de recaudación pública dirigiendo una demanda a tal fin al Fiscal (393). De la misma manera, el deudor que habiendo pagado los atrasos del crédito del que se había hecho cargo el Tesoro, ha satisfecho, durante doce meses consecutivos, el montante de los plazos devengados de la pensión al contable del Tesoro sin que éste haya tenido que ejercitar ninguna acción dirigida a su obtención, puede pedir que a partir de ese momento quede liberado pagando las cantidades directamente al acreedor. Dirigida una demanda al Fiscal, éste pondrá fin al procedimiento (394). No obstante, en el caso de que en el plazo de los dos años siguientes a la extinción del procedimiento se produjera un nuevo incumplimiento del deudor, el acreedor podrá -desde que el impa-

(392) Vid. art. 10.

(393) Vid. art. 11.

(394) Vid. art. 12.

sea superior a un mes- pedir de nuevo al Fiscal la puesta en marcha del procedimiento de recaudación pública sin que sea necesario acudir previamente a una vía de ejecución del derecho privado. Si la nueva demanda es admitida, se procederá a una recaudación de todas las sumas debidas después de la interrupción del procedimiento. El montante de los plazos vencidos antes de esta admisión sufrirá un incremento del 10% en favor del acreedor (395).

El procedimiento de recaudación pública es aplicable no sólo para el cobro de créditos alimenticios, sino que, tal y como expresamente lo dice el art. 15 de la Ley, lo es también "para la recaudación de las sumas debidas en ejecución de una sentencia a título de contribución a las cargas del matrimonio previstas en el art. 214 del Code, de las rentas a que se refiere el art. 276 y de los subsidios del art. 342".

Vemos así, que al igual que en el procedimiento de pago directo, la expresa referencia que en la Ley sobre recaudación pública se hace al art. 276, permite incluir entre las pensiones susceptibles de quedar so-

(395) Vid. art. 13.

metido a este mecanismo de pago a la prestación compensatoria satisfecha en forma de renta.

Decir, por último, que el art. 17 prevé, para el acreedor que haya obtenido la puesta en marcha de este procedimiento de mala fe, una multa de 200 a 20.000 francos así como la obligación de reembolsar al deudor, las sumas que hubiera percibido a título de incremento de los plazos vencidos y no pagados, y los gastos del procedimiento.

La eficacia del procedimiento de recaudación pública ha sido puesta en tela de juicio por algún sector doctrinal francés. CHOAIN-DESCAMPS-ROYER (396) consideran que este sistema resulta mucho menos eficaz para el acreedor que el del pago directo; entre otras razones debido a la complejidad requerida para iniciarlo; por otra parte, su eficacia depende en gran medida de que el deudor de la pensión disponga de bienes embargables. Se dice -como crítica a este procedimiento- que es llamativo desde el punto de vista de los acreedores, que sumas destinadas por definición a la satisfacción de las necesidades vitales, sean recaudadas con el mismo vi-

(396) CHOAIN-DESCAMPS-ROYER: op. cit., p. 222.

por sus los impuestos (397).

Llama también la atención, la puesta a disposición del Estado al servicio de los intereses privados. En este punto hay que destacar, que ciertos parlamentarios habían propuesto la recaudación de las pensiones alimenticias a través de un Fondo de Garantía. Los partidarios, Socialistas y Comunistas, proponían la creación de tal Fondo, o bien de una Caja nacional que asegurara el pago de las pensiones alimenticias; tal sistema fue defendido a lo largo de los debates sobre la Ley modificadora del divorcio y sobre la Ley de recaudación pública de las pensiones alimenticias (398). No obstante, el Gobierno haciendo valer -entre otras- razones financieras (399), acogió como sistema subsidiario de garantía del pago de las pensiones alimenticias, el cono-

(397) Vid. Rev. Trim. Dr. Civ. 1975, p. 802.

(398) El Sr. Marilhacy, manifestó en el Senado que "en su opinión, el divorcio era un accidente de la vida conyugal y que, por tanto, era necesario encontrar para tales accidentes, soluciones análogas a las que el Fondo de Garantía del automóvil aporta para los accidentes de circulación".

(399) El Ministro de Economía y Finanzas francés, una vez aprobado el sistema de recaudación pública, apuntó que con la instauración de este sistema, el número de pensiones de que el Tesoro Público ha de ocuparse es de 200.000 y que, por tanto, la

... por el nombre de sistema de ... pública,
cuyo procedimiento y línea fundamentales han sido
desarrollados en esta exposición.

cantidad que hubiera correspondido pagar al Fondo de Garantía, de haberse adoptado las fórmulas propuestas, hubiera sido aproximadamente de 500 millones.

CAPITULO VI

EXTINCION Y TRANSMISIBILIDAD DE LA PENSION

El art. 101, párrafo 1 C.c. recoge las causas de extinción del derecho a pensión a través de una redacción que, en principio, podría llevarnos a pensar en una enumeración de carácter taxativo. Dice el precepto: "El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona...".

Esta primera impresión no es válida. El legislador con esta relación ha pretendido dejar sentadas las causas de extinción propias y particulares del derecho a pensión previsto en el art. 97 C.c., sin que por ello puedan obviarse otras, que al margen de éste, operan con carácter general en los demás derechos de contenido patrimonial. Como dicen LASARTE Y VALPUESTA (400), "el precepto ha querido únicamente enumerar las causas relativas a la situación familiar que originó la existencia de la pensión. Otras como la prescripción, la muerte del beneficiario y la renuncia, han de quedar incluidas dentro del ámbito de aplicación del art. 101 C.c.

(400) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 786.

Este precepto -y en concreto la ca... tercera, relativa a la convivencia marital del acreedor con un tercero- suscitó una viva polémica de los Debates Parlamentarios (401).

-
- (401) El Proyecto inicial del Gobierno recogía únicamente dos de las causas de extinción que actualmente aparecen en la redacción definitiva, añadiendo una tercera: "El derecho de pensión cesa por contraer el acreedor nuevo matrimonio, vivir maritalmente con otra persona o llevar vida notoriamente deshonesto". Esta redacción fue objeto de diversas enmiendas, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado. Entre las primeras destacan la nº 45 presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Democrática, que proponía la siguiente redacción: "El derecho de pensión cesa por contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona. Igualmente cesará cuando el acreedor lleve vida notoriamente deshonesto o actúe en contra de los intereses de los hijos y así sea apreciado por el Juez". Justificaban esta enmienda en los siguientes términos: "Creemos que la posible vida deshonesto puede dar lugar a diversidad de apreciaciones, por lo cual sólo debe ser el Juez quien las estime. Además se incluye la acción contraria a los intereses de los hijos en tal apreciación, ya que también debe constituir condición resolutoria del derecho a la pensión". La enmienda nº 248 presentada por la representante de Unión de Centro Democrático, Dña. Carmen SOLANO CARRERAS, proponía suprimir del art. 101 la expresión "...o llevar vida notoriamente deshonesto". Justificaba ésta, alegando que "notoria" puede producir discriminaciones. En la práctica hay moral masculina y moral femenina. Sin perjuicio de la falta de relación entre los anteriores criterios objetivos". De la misma manera, proponía tal supresión la enmienda nº 327 del Grupo socialista, aduciendo que con tal supresión se trataba de evitar la frase de claro matiz moralista y ambiguo". La nº 378 del Partido Nacionalista Vasco proponía modificar esta causa de extinción; así: "el derecho de pensión cesa... o llevar vida marital"

Salvo la causa primera: "el cese de la causa que lo motivó", las otras dos han sido acogidas tomando

mente deshonestas". Estimaban "humillante para el deudor de alimentos, injusto e inmoral el que un cónyuge que lleve vida deshonestas siga cobrando una pensión con tal que no sea vida notoriamente deshonestas. Debe suprimirse este requisito". Por último, la enmienda nº 397, presentada por el Sr. Juan M^a BANDRES MOLET del grupo mixto proponía una nueva redacción del art. 101 con el siguiente texto: "El derecho de la mujer a la pensión cesa por contraer ésta nuevo matrimonio, sostener relación estable análoga o haber accedido a un puesto de trabajo que permita mantenerse económicamente". No consideraba procedente "el introducir un término tan equívoco y retrógrado como el de vida deshonestas".

La causa de extinción relativa a la vida deshonestas fue surpimida en el Informe de la Ponencia, introduciéndose, en contrapartida, otra nueva: "el cese de la causa que lo motivó".

El texto pasó al Senado con la redacción que actualmente presenta el art. 101. En el Pleno del Senado, el representante del Grupo Socialista, Sr. MIR MAYOL, argumentó en contra de la frase "vivir maritalmente con otra persona", que "con ella se obliga a una especie de celibato civil, a la mujer divorciada si no se quiere casar. "¿Cómo se demuestra que un hombre y una mujer viven maritalmente?. Muchos deudores van a aprovechar el problema para dejar de pagar la pensión. Sólo atacando la intimidad -protegida por el art. 18 de la Constitución- se podría demostrar de manera fehaciente que se vive maritalmente. Luego vendrán otros mecanismos, el recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional y podría haber un mecanismo corrector de los abusos por parte del deudor que se quiere aprovechar de una situación de esta índole. La extinción de la pensión, concretamente todo lo que haga referencia a la intimidad de las personas, tendría que ser regulada técnicamente en convenio regulador, pues ahí se puede dar una casuística que ahora no podemos prever. En

como modelo los supuestos de extinción de la pensión alimenticia posterior a la ruptura de la vida en común

consecuencia, se propone la supresión de la expresión 'vivir maritalmente con otra persona'. Por su parte el Senador Socialista Sr. CABRERA BAZAN, propugnó también la supresión de la misma al no haber contraído nuevo matrimonio y, por tanto, no haber adquirido los derechos derivados del mismo. "Se piensa que el que vive maritalmente lo hace por no querer casarse para no perder la pensión, y ésto no es así. Nadie tiene derecho a enjuiciar la intenciones de nadie. La vida marital es un concepto indeterminado que suscitará numerosos pleitos. No debe invadirse el terreno de la conciencia". El Portavoz del Grupo Parlamentario Catalunya Democracia i Socialisme Sr. CODINA TORRES, planteó el siguiente caso práctico: ... "Pensemos en una divorciada (que además lo puede haber sido porque sea ligera de cascos) que no vive maritalmente, tiene seis o siete "ligues" todos los días, y que tiene derecho a la pensión. Entonces se me ocurre pensar que, para guardar las formas, a lo mejor la que quiera vivir con una persona del otro sexo que le caiga bien puede buscar a uno que haga unas entradas periódicas para que no la puedan acusar de vivir maritalmente. Esta es una injusticia que me parece que se consagra en esta Ley (vid. VALLADARES: op. cit., p. 433). El Senador VILLAR ARREGUI afirmó en este sentido que la convivencia marital es un hecho conocido y perfectamente susceptible de prueba sin que con ello se atente contra la intimidad de las personas; el Senador de Unión de Centro Democrático, Sr. PORTA VILALTA afirmó que... "no podemos renunciar al principio ético de que el señor o señora que viene obligado a pagar una pensión al otro cónyuge vea desvirtuado este propósito, que en algunas ocasiones ha de servir con enorme sacrificio, que, como se ha dicho puede llevarle incluso a un celibato forzoso y que el otro cónyuge, por vía de trampa haya pasado a otra situación matrimonial sin los ritos del matrimonio y siga cobrando la pensión". Sometidas a votación las diversas enmiendas fueron rechazadas quedando el texto en los términos previstos en la actual redacción.

previstas en el art. 283 Code (402). Nuevamente se pone de manifiesto la incoherencia del legislador español al trazar las líneas directrices de la pensión. En unos casos -como, por ejemplo, para la fijación de las circunstancias- han tomado como modelo los datos que el Code establece para la prestación compensatoria, mientras que en otros, como éste, ha optado por seguir el sistema que el legislador francés acoge para la pensión alimenticia. Resultado de ello ha sido la creación de una figura que en su conjunto puede ser calificada como "híbrida" de las dos prestaciones fundamentales adoptadas por el Ordenamiento francés (403).

(402) Art. 283 Code: "La pensión alimenticia cesa de pleno derecho si el cónyuge acreedor contrae nuevo matrimonio. Se extingue también si el acreedor vive en estado de concubinato notorio".

(403) En el mismo sentido FOSAR BENLLOCH considera que "mientras las causas de extinción de la pensión alimenticia tienen su lógica y coherencia en el Code civil, su trasplante a una institución dotada de una función y características distintas, como es la pensión del art. 97 C.c., distorsiona el perfil institucional de la misma. Aunque el legislador español pueda mezclar soluciones del Derecho Comparado, las desfavorables consecuencias técnicas de dicha mezcla deben ser apuntadas por la doctrina". FOSAR BENLLOCH: op. cit., p. 442."

I. ANALISIS DE LAS CAUSAS DE EXTINCION

A) Causas expresamente enumeradas en el art. 97

1. El cese de la causa que motivó el derecho de pensión.- Al enfrentarnos con esta expresión la primera cuestión que debemos plantearnos, es la de cuál es la causa que motivó el derecho a pensión y que para que produzca su extinción debe cesar.

El derecho a pensión -como ya vimos- nace en virtud de la concurrencia de dos causas: 1) la existencia de una separación o divorcio; 2) el desequilibrio económico que como consecuencia de tales situaciones experimenta uno de los esposos en relación con la posición del otro y con su situación matrimonial anterior. Sin duda alguna, es esta última a la que se refiere el Código y que ha de cesar para que se produzca la extinción de la pensión; es la desaparición del desequilibrio económico -presupuesto básico de otorgamiento del derecho de pensión- la que va a actuar como causa extintiva de tal derecho.

Podría pensarse que la interpretación subjetiva de desequilibrio económico que a lo largo de la exposición he venido manteniendo, choca con esta causa de extinción. Si como afirmaba, tal desequilibrio compren-

de no sólo el hecho objetivo de ser el patrimonio de uno de los esposos inferior al del otro, e inferior también al que disfrutaba durante el matrimonio, sino también otra serie de circunstancias tales como, por ejemplo, la dedicación pasada y futura a la familia, o la colaboración en la actividad profesional del otro cónyuge, podría decirse que puesto que estos hechos no pueden ser borrados, no pueden cesar, hay que desechar la posibilidad de que el derecho a pensión -cuando su presupuesto sea interpretado subjetivamente- pueda extinguirse por "el cese de la causa que lo motivó".

No es ésta, sin embargo, la interpretación que debe seguirse. La dificultad planteada puede salvarse, entendiendo que si bien es cierto que tales circunstancias forman parte integrante del desequilibrio económico, éste, en último término, va a venir determinado por la desfavorable situación económica en las que tales circunstancias sitúan a uno de los esposos; desapareciendo dichas desventajas económica desaparece el desequilibrio económico; ello aún cuando no se borren las circunstancias que contribuyeron a su configuración. No son tales circunstancias, en sí mismas, las que provocan el desequilibrio patrimonial sino en cuanto creadoras de una desigual situación económica entre los cónyuges. Si bien es cierto que el pasado no puede borrarse y que es algo que siempre perdura, no lo es menos el que la si-

tuación creada en el momento dado por determinadas circunstancias puede modificarse y hacer que se restablezcan las posiciones de las partes; la persona tiene amplias posibilidades de superación y reintegración a la sociedad que pueden hacer desaparecer la difícil situación creada por la separación o el divorcio (404).

Puede así afirmarse, que en razón de la primera de las causas enumeradas en el art. 97 C.c., el derecho a pensión se extingue cuando el cónyuge que al momento de la separación o divorcio se hizo acreedor del mismo en razón del desequilibrio económico sufrido, ve restablecida su posición económica en razón de la modificación de las circunstancias que en su momento provocaron tal desequilibrio; o, cuando -como apunta ROCA TRIAS (405)- "la relación comparativa deudor-acreedor no arroja un saldo negativo en contra del acreedor por-

(404) No opina lo mismo VAZQUEZ IRUZUBIETA, el cual entiende que "partiendo del carácter indemnizatorio de la pensión, ésta no ha de cesar por el cese de la causa que la motivó, ya que estas circunstancias o causas que originaron la pensión (edad, estado de salud, dedicación pasada y futura a la familia) no pueden modificarse ya que no puede borrarse lo acontecido. El error judicial surge de identificar la naturaleza jurídica de la pensión con el derecho a la cuota alimentaria". VAZQUEZ IRUZUBIETA: op. cit., p. 430.

(405) ROCA TRIAS: "Efectos comunes a la nulidad..." op. cit., p. 641.

que ambos se hallan en una situación parecida".

Esta reequilibración de posiciones puede alcanzarse, bien a través de una mejora de la situación del cónyuge acreedor o bien mediante un empeoramiento de la del deudor (406). Después de la separación o el divorcio pueden sobrevenir determinadas circunstancias que lleven a equilibrar los patrimonios de los esposos, haciéndose innecesaria la pensión, creada para tal fin.

Esta afirmación podría llevarnos a confundir las circunstancias que dan lugar a la extinción de la pensión con las que provocan la modificación de su cuantía. Ambas instituciones -modificación y extinción- son distintas. La primera supone un aumento o reducción en la cuantía de la pensión en razón de la sobrevenida de circunstancias que rompen el equilibrio conseguido a través de la pensión, mientras que la segunda implica la cesación del derecho a pensión debido a circunstancias que equilibran las posiciones de los cónyuges. De-

(406) LASARTE Y VALPUESTA apuntan que "la pensión funciona a modo de vasos comunicantes, por diferencia de presión o de nivel. Y al igual que éstos, deja de funcionar cuando las presiones se igualan, es decir, cuando ya no hay desequilibrio puede conseguirse, como es obvio, de dos maneras: o por enriquecimiento del acreedor o por empobrecimiento del deudor". LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 641.

terminados hechos como, por ejemplo, la carga para el deudor de la pensión de nuevas obligaciones alimenticias, pueden llevar a una modificación de la cuantía de la pensión pero no a su extinción; por el contrario, circunstancias tales como haber encontrado el esposo acreedor un buen puesto de trabajo que le permita reincorporarse a la vida laboral interrumpida como consecuencia del matrimonio, si bien no podría ser encuadrada dentro de la expresión "alteración sustancial" a que alude el art. 100 C.c. como causas de modificación de la pensión, si que podría llevar a una extinción de la misma; ello por cuanto que con ella quedó eliminado el obstáculo que en el momento de la separación o divorcio provocó el desequilibrio económico.

A la vista de lo expuesto, puede decirse que las "alteraciones sustanciales" previstas en el art. 100 C.c. como causas de modificación de la pensión, no pueden identificarse con las circunstancias que provocan el cese del desequilibrio económico y, por ende, del derecho a pensión (407).

(407) En el mismo sentido ROCA TRIAS entiende que "la causa de extinción prevista en el art. 101 C.c. debe referirse necesariamente a la eliminación de aquél obstáculo que en el momento de la separación o el divorcio provocó el desequilibrio económico,

La causa de extinción que nos ocupa, se presta -en razón de la ausencia de garantías adecuadas- a la realización de determinadas actividades fraudulentas, tanto por parte del deudor de la pensión que, al objeto de extinguir su obligación, puede simular una disminución patrimonial que aparentemente haga desaparecer el desequilibrio entre su posición y la del acreedor, como por parte de éste, que con su actitud pasiva puede contribuir a mantener deliberadamente la situación de desequilibrio.

Podría acudirse en tales casos -especialmente por lo que atañe al fraude de la parte deudora- a las medidas especiales previstas como garantía del cumplimiento de las obligaciones, destacando entre ellas, las medidas conservativas del patrimonio del deudor.

CASTAN TOBEÑAS define tales medidas como "aquéllas que tienden a mantener íntegro el patrimonio del deudor que constituye la garantía del acreedor, im-

mientras que la posibilidad de modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de los cónyuges no tiene nada que ver con la causa del desequilibrio, sino que se debe a circunstancias sobrevenidas, que pueden de algún modo alterar el equilibrio que se busca con la pensión". ROCA TRIAS: "Efectos comunes a la nulidad..." op. cit., p. 641.

pidiendo que valores integrantes de dicho patrimonio salgan del mismo o que valores a éste debidos no entren en él por negligencia o dolo del deudor" (408). Sin entrar en su análisis detallado, puede decirse que la Ley concede al acreedor, a tal fin, dos acciones: la acción subrogatoria o indirecta y la acción revocatoria o Pauliana. Ambas aparecen recogidas en el artículo 1.111 C. c., conforme al cual: "Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos". Es esta última, la acción revocatoria o Pauliana, la que parece más acorde con el supuesto planteado. A través de ella, el acreedor podrá impugnar los actos que el deudor de la pensión haya realizado en fraude de sus derechos (409)(410).

(408) CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil Español, Común y Foral". Tomo Tercero. Derecho de obligaciones, decimotercera edición, revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO. Reus. Madrid, 1983, p. 287.

(409) GARCIA CANTERO en relación con los alimentos considera que "los negocios fraudulentos, posteriores al reconocimiento de la deuda alimentaria, podrán ser atacados de fraudulentos por los beneficiarios de la prestación, pero los anteriores, puesto que la rescisión en fraude de acreedores exige que el

Respecto a la pasividad que puede guiar la actitud del esposo acreedor provocando deliberadamente la situación de desequilibrio económico, considero que no existe ninguna norma en nuestro Código civil que permita al deudor dirigirse al acreedor con el fin de estimular dicha actitud pasiva. Sí la encontramos, por el contrario, en relación con la obligación de alimentos, la cual, a tenor del art. 152 nº 3 cesa "cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria...". Se discutía en la doctrina -como ya vimos anteriormente al tratar el tema de la necesidad -si basta la mera ap-

acto o contrato que se impugne sea posterior al crédito del actor, y el derecho al abono de los alimentos sólo nace a partir de la reclamación judicial, se hallan libres de impugnación. No obstante, desde el momento en que se comprueba el 'consilium fraudis' (para el cual habrá de existir una necesidad del alimentista, actual o previsible) no creo que pueda excluirse la impugnación". GARCIA CANTERO "Derecho Civil Español, Común y Foral..." op. cit., p. 86.

En opinión de PAULOT, las modalidades de fraude son múltiples: disimulación del activo, creación de pasivo ficticio, ventas a bajo precio pagadas al contado... reconocimiento en provecho de la segunda mujer, casada con el deudor después del divorcio, de una donación, ...renuncia ficticia a un legado o a una sucesión vetajosa, etc... PAULOT, R.: "Les relations patrimoniales des époux pendant l'instance en divorce en separation de biens ou de corps". Les presses universitaires de France. These. París, 1932, p. 9.

- (410) Acerca de la acción Pauliana vid.: MARTIN RETORTILLO, C.: "La lucha contra el fraude civil" (La acción Pauliana). Casa edit. Bosch. Barcelona, 1943.

titud para realizar un trabajo o, si por el contrario, es necesario el efectivo ejercicio del mismo. Las decisiones jurisprudenciales en uno y otro sentido fueron numerosas (411).

No existiendo norma similar para la pensión por desequilibrio, hay que decir que el hecho de que el acreedor -rehusando, por ejemplo, cualquier tipo de trabajo- mantenga deliberadamente la situación de desequilibrio económico al objeto de seguir percibiendo la pensión, no puede ser impedido a través de cauces legales por el deudor. Es este uno de los riesgos que conlleva el no haber atribuido a la pensión un carácter temporal. La duración, en principio, indefinida de tal derecho hace que el acreedor pierda interés, e incluso rehuya deliberadamente, la posibilidad de iniciar o proseguir una actividad profesional que permita la desaparición del desequilibrio económico y, por tanto, de la pensión. La nota de temporalidad, como ya apunté, lleva aparejada un afán de recuperación y readaptación por parte del cónyuge acreedor; contrariamente, el carácter indefinido hace que desaparezca su estímulo para tratar de mejorar su situación, ya que sabe que cuenta -mientras no incu-

(411) Vid. pp. 115 y ss.

rra en alguna de las causas de extinción- con una garantía vitalicia de sostenimiento.

No obstante ésto, ROCA TRIAS entiende que la conexión de la causa de extinción relativa al "cese de la causa que lo motivó" con el motivo que determinó la concurrencia de la pensión, permite introducir el concepto de pensión temporal, "ya que tanto los interesados, en el convenio, como el propio Juez pueden acordar que la pensión exista o se satisfaga mientras permanezcan determinadas circunstancias, que son las que provocaron el nacimiento de tal derecho" (412).

Esta posibilidad, si bien es válida para el caso de que la pensión sea fijada por los propios cónyuges a través de convenio, considero que no lo es para el supuesto en que, por no haber sido solicitada la separación o el divorcio por mutuo acuerdo, la pensión haya de ser fijada judicialmente. Una cosa es que cuando cese el desequilibrio económico el esposo deudor pueda solicitar la extinción de la pensión, y otra distinta, que el Juez, "a priori", pueda fijar un plazo limitado de duración de la pensión a la vista de "un futuro pre-

(412) ROCA TRIAS: "Efectos comunes a la nulidad..." op. cit., p. 641.

visible". Falta en nuestra regulación, una norma que -al estilo del art. 271 Code- permita fijar la pensión teniendo en cuenta, no sólo la situación existente al momento de la separación o divorcio, sino también la que, previsiblemente, y a la vista de determinadas circunstancias pueden alcanzar los esposos en un futuro mediano.

Una última cuestión con la que nos enfrentamos en el estudio de la primera de las causas de extinción enumeradas en el art. 97, es la de si extinguida la pensión por haber cesado el desequilibrio económico que constituyó su presupuesto de otorgamiento, puede renacer nuevamente el derecho a la misma cuando surja de nuevo tal desequilibrio. El problema, como dice GARCIA CANTERO puede plantearse "si el ex-cónyuge, por hechos sobrevenidos, vuelve a empobrecerse de modo que nuevamente se da en su respecto la situación de desequilibrio patrimonial" (413).

Ante tales situaciones, ha de negarse la posibilidad de que, sobrevenido nuevamente el desequilibrio,

(413) GARCIA CANTERO: "Comentarios al Código civil..."
op. cit., p. 443.

pueda resurgir el derecho a pensión cuando éste ya había cesado. El nuevo desequilibrio no viene a operar en estos casos como presupuesto de atribución de aquél derecho, en los términos que hemos venido estudiando; no estaría provocado ni por la anterior situación matrimonial ni por la separación o divorcio, sino que, por el contrario, traería su causa de circunstancias posteriores y ajenas que en modo alguno pueden hacer renacer el derecho a pensión.

Esta causa de extinción no opera automáticamente, sino que ha de ser alegada por la parte interesada -normalmente el cónyuge deudor-, y declarada judicialmente.

2. Nuevo matrimonio del acreedor. - Este hecho aparecía recogido en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 como una de las causas extintivas de la pensión alimenticia (414), siendo, por otra parte, contemplada -a diferencia de la anterior- en la mayor parte de los Ordenamientos extranjeros (415).

(414) Art. 31 Ley de divorcio de 2 marzo 1932: "el derecho a los alimentos cesará por la muerte del alimentista o por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato...".

(415) Art. 283 Code; art. 5 L. 1 diciembre 1970, parágrafo 1.586 B.G.B. Art. 153 C.c. suizo.

La doctrina se interpreta esta causa de extinción, parte de la idea que el deber de socorro nacido del nuevo matrimonio, viene a restablecer o eliminar -según los casos- el desequilibrio económico o la necesidad que hasta entonces venía sufriendo el cónyuge acreedor como consecuencia de la separación o el divorcio (416). No es preciso que se demuestre la mejoría de su posición económica, basta con probar el hecho objetivo de haber celebrado aquél un nuevo matrimonio.

No obstante esta presunción, ¿qué sucedería en los casos en que, aún habiendo contraído el esposo acreedor un nuevo matrimonio, permanece su situación de desequilibrio económico o de necesidad?, ¿podrá el Juez en tales situaciones entender que no se cumple la "ratio" de la causa de extinción y, en consecuencia, declarar vigente la pensión?.

La respuesta afirmativa fue acogida por el Hogge Raad, el cual decidió que el segundo matrimonio

(416) Según BIANCA "la regulación de esta causa de extinción confirma que el derecho al 'assegno' tiene su fundamento en la solidaridad postconyugal, la cual no tiene más razón de subsistir cuando el beneficiario asume una nueva regulación de solidaridad que sustituye a la del precedente matrimonio". BIANCA: op. cit., p. 185.

de la parte acreedora de los alimentos no pone necesariamente fin a la obligación alimenticia: "en la mayor parte de los casos, la mujer que contrae segundas nupcias no se encontrará en estado de necesidad, pero si volviera a recaer después de un segundo matrimonio o incluso durante el mismo en tal estado, sus derechos contra el primer marido volverán a renacer (417). Tal Jurisprudencia fue duramente criticada por la doctrina holandesa, debido principalmente al carácter imperativo de la norma dispuesta por el legislador de 1971. El art. 1: 160 de la Ley 1 octubre 1971 establece expresamente que "la obligación alimenticia después del divorcio se extingue cuando la parte acreedora contrae nuevo matrimonio o cuando convive maritalmente con otra persona".

En la misma línea, la doctrina correspondiente a la antigua legislación francesa, en concreto al derogado art. 301 Code, mantuvo una viva polémica en torno a esta cuestión. La discusión se inició a raíz de una

(417) H.R. 3 noviembre 1978. Vid. FOKKEMA: op. cit., p. 142. El Comité de Expertos sobre el derecho de los esposos apuntaba como "en muchos Estados, el pago de la pensión se extingue normalmente con el nuevo matrimonio del esposo acreedor o si vive con otra persona; en otros casos -añade el Comité- la entrega de una pensión continua, incluso en caso de nuevo matrimonio si la persona queda en la necesidad. Vid. "Comité d'experts sur les droits relatifs aux epoux... cit., p. 5.

enmienda presentada por la Comisión de Legislación, según la cual se pretendía completar el texto del Proyecto con la expresión "...esta pensión cesará si el esposo divorciado que la disfruta contrae un nuevo matrimonio". La enmienda fue rechazada y el Proyecto definitivo quedó redactado en los siguientes términos: "...esta pensión será revocable en el caso en que deje de ser necesaria". La doctrina se cuestionó cuál debía ser el sentido de esta sustitución o, lo que es igual, cuál había sido la voluntad del legislador: la de considerar que el nuevo matrimonio figuraba entre las hipótesis en que la pensión "dejaría de ser necesaria", o, por el contrario, la de entender que prefirió remitir al Juez la labor de apreciar en cada caso, si el nuevo matrimonio -en razón del deber de socorro que conlleva- hacía desaparecer la necesidad (418).

Dos fueron las interpretaciones defendidas: la primera de ellas -concepción indemnizatoria- defendía el mantenimiento de la pensión aún después de haber contraído el acreedor un nuevo matrimonio; basaban esta exégesis en que el perjuicio causado por la desaparición

(418) Vid. DABIN, J.: "Le système de la pension alimentaire apres divorce". Rev. Trim. Dr. Civ. 1939, pp. 925 ss.; SAINT-CYR, Ph.: "De l'union libre au mariage a travers l'article 301 alinea 1º du Code civil". Recueil D.S. 1975. Chron. XXI, pp. 124 ss.

del deber de socorro no desaparece necesariamente a raíz de las nuevas nupcias. Si en virtud de éstas el cónyuge acreedor deja de encontrarse en la necesidad, la pensión se extinguirá, pero no en caso de persistir aquélla (419).

La segunda -que basaba la pensión en la supervivencia del deber de socorro- defendía la extinción automática de la pensión alimenticia en caso de segundo matrimonio. Siendo el fundamento de la pensión, la reparación del perjuicio causado al cónyuge inocente por la pérdida del deber de socorro, al contraer nuevo matrimonio y nacer nuevamente tal deber, el perjuicio que el divorcio le había originado desaparece. El Tribunal de Casación se inclinó por ésta interpretación, entendiendo que "todos los lazos se rompen entre los esposos divorciados cuando el acreedor de la pensión contrae nuevo matrimonio, y la obligación alimenticia pasa por efecto

(419) En relación con nuestro Ordenamiento, FOSAR BENLLONCH entiende que "por consideraciones de equidad, cuando el nuevo matrimonio no reequilibra la posición económica del cónyuge acreedor, debiera no declararse extinguida la pensión, sino solamente suspendida, hasta que se compruebe el definitivo reequilibrio de la situación económica del acreedor" FOSAR BENLLOCH: op. cit., p. 443.

del segundo matrimonio al nuevo cónyuge (420). Las dudas han desaparecido con la Ley de Reforma de 1975; el art. 283 es tajante en este punto: "La pensión alimenticia cesa de pleno derecho si el cónyuge acreedor contrae un nuevo matrimonio...".

Esta es también la orientación seguida por nuestro legislador. El nuevo matrimonio del acreedor extingue la pensión de pleno derecho, automáticamente, con independencia de que a través de él haya o no quedado restablecido el desequilibrio económico; basta con que el deudor demuestre la celebración del matrimonio para que el Juez, sin más, venga obligado a declarar extinguida la pensión (421).

Esta afirmación se desprende del hecho de haber sido formulada esta causa de extinción separadamente de la relativa al "cese de la causa que lo motivó" o, lo que es igual, al cese del desequilibrio económico. Si la desaparición de la pensión cuando el acreedor con-

(420) Civ. 21 avril 1920. D. 1924, p. 91; Civ. 1 juillet 1952. J.C.P. 1952, II, p. 7.177.

(421) LASARTE Y VALPUESTA enumeran unos supuestos en los que, excepcionalmente, podrá ser necesario hacer valer procesalmente esta causa. Vid. LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 791.

tr. Si el nuevo matrimonio se hiciera depender del cese del desequilibrio económico, no hubiera sido necesaria su formulación; el nuevo matrimonio del acreedor quedaría sometido a la apreciación judicial al objeto de comprobar si con él desaparece el desequilibrio económico, declarando el Juez extinguida la pensión en caso afirmativo, y subsistente cuando el nuevo matrimonio no restableciera la posición económica del esposo acreedor. El nuevo matrimonio de éste, quedaría incluido dentro de los hechos susceptibles de provocar "el cese de la causa que motivó el derecho de pensión", y, por lo tanto, no tendría sentido enumerarlo nuevamente como causa de extinción.

A la vista de lo expuesto hay que decir que al haberse formulado en el art. 101 de forma separada ambas causas de extinción hay que interpretar la relativa al "nuevo matrimonio del acreedor" como una causa que opera de pleno derecho con independencia de que con él quede o no eliminado el desequilibrio económico. Nuestro legislador, si bien presupone que con el nuevo matrimonio tal desequilibrio desaparece como consecuencia del nuevo deber de socorro, la base de esta causa de extinción no hay que buscarla en la desaparición del desequilibrio económico. Resultaría paradójico que por no haber desaparecido tal desequilibrio siguiera vigente la pensión después del segundo matrimonio del acreedor, man-

teniendo éste, divorciado y casado nuevamente, a su cónyuge con las rentas del primero.

Quedando, pues, extinguida la pensión con el nuevo matrimonio del esposo acreedor, ¿qué sucedería si éste se divorcia nuevamente o queda en estado de viudez?, ¿se entenderá que revive su derecho a recibir la pensión del primer cónyuge o, por el contrario, su derecho a pensión se considerará extinguido de una manera definitiva?.

Este interrogante ya fue formulado por DELGADO IRIBARREN (422) al comentar el art. 31 de la Ley del Divorcio de 2 marzo 1932. Consideraba que "en realidad no hay precepto alguno que se oponga a que el alimentista pueda recobrar la pensión alimenticia que venía disfrutando antes de contraer nuevas nupcias; pero el más elemental criterio moral nos inclinará a la solución negativa, porque al pasar aquél a nuevo matrimonio ha puesto término a su derecho por un acto de su libre voluntad, y sería contrario a la equidad que se le reconociera el derecho a solicitar otra vez los alimentos del primer consorte, cuando ha roto ya con éste hasta la sutilísima

(422) DELGADO IRIBARREN: "El Divorcio". Ley de 2 marzo 1932. 1ª edición. Edit. R.D.P. Madrid, 1932, p.295.

relación que pudiera ligarle esencialmente al convocar a nuevas nupcias con persona distinta" (423).

GARCIA CANTERO (424), entrando ya en la actual normativa, piensa que "en nuestro derecho la cuestión parece dudosa si se atiende a los términos más bien estrictos en que aparece redactado el art. 101 párrafo 1º...". Es precisamente esta rigidez la que, en mi opinión, elimina toda duda. Extinguida la pensión en razón del nuevo matrimonio del acreedor, no puede hacerse resurgir como consecuencia de un posterior divorcio o muerte del nuevo cónyuge; ello, incluso en el caso de que el antiguo esposo acreedor experimentara un nuevo desequilibrio económico. El derecho a que podría optar en este momento vendría configurado por una nueva pensión, cuyos presupuestos de otorgamiento nada tendrían que ver con los que motivaron la que venía recibiendo antes de contraer nuevo matrimonio; tales presupuestos nacerían del nuevo divorcio y del desequilibrio patrimonial que la posterior unión le ha producido. La pensión

(423) En el mismo sentido Vid. MASSIP: op. cit., p. 237; SAINT-CYR: loc. cit., p. 124; BARBIERA: "Il Divorzio dopo la Riforma..." op. cit., p. 331.

(424) GARCIA CANTERO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones..." op. cit., p. 443.

-caso de concurrir éstos, correspondería satisfacerla al nuevo cónyuge.

A la misma solución se ha de llegar en los casos en que el nuevo matrimonio sea declarado nulo. Cuando el esposo acreedor haya contraído un posterior matrimonio que resulta invalidado, concurriendo los requisitos exigidos por el art. 98 C.c. -convivencia conyugal y buena fe- podrá exigir de su nuevo cónyuge la indemnización por nulidad que para tales supuestos prevé nuestro Código civil.

Mayores dudas plantea la incidencia que el nuevo matrimonio del acreedor adquiere en los casos en que la pensión haya sido satisfecha en forma de capital. El pago de la pensión "a tanto alzado" puede acarrear un perjuicio para el cónyuge deudor en los casos en que el acreedor incurra en alguna de las causas de extinción previstas en el art. 101 nº 1. Así, por ejemplo, habiendo contraído el acreedor nuevo matrimonio, la satisfacción de la pensión mediante una renta hubiera resultado más beneficiosa para el deudor debido a que, producido tal evento, quedaría extinguida automáticamente la obligación de pago y, probablemente, la cantidad satisfecha habría sido menor que el capital entregado.

Frente a esta problemática, ROCA TRIAS (425)

propone dos soluciones: 1ª) Considerar que la capitalización de la pensión implica la necesidad de devolución del exceso, como cobro de lo indebido; esto es, en el caso concreto de nuevo matrimonio del acreedor, éste se vería obligado a reintegrar al deudor la cantidad que excediera de lo que le hubiera correspondido si la pensión se hubiese satisfecho periódicamente, mediante una renta, hasta el momento de contraer nuevo matrimonio.

2ª) Entender que la extinción de la relación entre los interesados, satisfecha la pensión en forma de capital, es absoluta, de forma que se hace imposible la reclamación por parte del ex-cónyuge deudor que ha entregado el capital.

La elección de una u otra solución se encuentra íntimamente ligada con el tema de la disponibilidad de la pensión. Aceptando la primera, estaríamos admitiendo el carácter indisponible del derecho de pensión, puesto que el capital entregado se vería limitado por la sobrevenida de determinados acontecimientos. Contrariamente, acogiendo la segunda opción, habría que re-

(425) ROCA TRIAS: "Efectos comunes a la nulidad..." op. cit., p. 637.

... hacer la disponibilidad de tal ~~capital~~ en razón de la ausencia de limitaciones (426).

Al igual que en materia de revisión, hay que decir que, puesto que la finalidad primordial de la pensión satisfecha "a tanto alzado" es la de extinguir de forma definitiva las relaciones entre las partes, una vez entregado el capital no es posible la reclamación al ex-cónyuge acreedor de la cantidad que exceda de la que al deudor le hubiera correspondido pagar si hubiera escogido la modalidad de renta. La entrega de un capital lleva implícito un cierto elemento transaccional y aleatorio que ha de ser asumido por las partes (427).

Una última cuestión a tratar en relación con la causa que nos ocupa es la de la repercusión que el nuevo matrimonio del acreedor de la pensión adquiere sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

(426) PALLADINO, entiende que "la entrega en capital realizada por acuerdo de las partes pone de manifiesto el carácter de derecho patrimonial disponible de la prestación económica prevista por la Ley". PALLADINO: op. cit., p. 237; en nuestro derecho, GARCIA CANTERO, se inclina por el carácter disponible del capital entregado. GARCIA CANTERO: "Comentarios al C.c. y Compilaciones..." op. cit., p. 440.

(427) Vid. p. 405 nota 355.

En el Ordenamiento, la ya analizada Disposición Adicional décima, hace atribuir al cónyuge separado o divorciado determinadas prestaciones derivadas de la Seguridad Social así como otros derechos pasivos (428). No obstante ésto, el nº 5 de dicha Disposición hace depender tales beneficios de la no concurrencia de alguna de las causas de extinción señaladas en el art. 101: "Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en el supuesto del art. 101".

Debe seguirse de este precepto, que cuando el cónyuge divorciado que, por concurrir en él alguna de las circunstancias previstas en los cuatro primeros apartados de la Disposición Adicional décima, sea beneficiario de alguna prestación derivada de la Seguridad Social o demás derechos pasivos, contraiga nuevo matrimonio, pierde automáticamente sus derechos de pensión. Tal es también la orientación seguida en las legislaciones extranjeras, al considerar que con el nuevo matrimonio cesa la razón de ser de tales prestaciones (429).

(428) Vid. pp. 295 ss.

(429) En Francia, Vid. Art. 351-2 Code du Sécurité Social introducido por el art. 11 de la Ley nº 75-617 du 11 juillet 1975, el cual prevé en provecho

La incidencia que el nuevo matrimonio del acreedor actúa sobre las prestaciones derivadas de la separación o divorcio, queda suficientemente constatada a lo largo de estas líneas; su incidencia es tal que en la mayor parte de los Ordenamientos se configura como una de las principales y más claras causas de extinción de las pensiones que derivan de dichas situaciones de crisis matrimonial. No ocurre lo mismo con el nuevo matrimonio del esposo deudor, que, si bien en razón de la disminución que puede operar en su patrimonio, puede ser considerado como un hecho susceptible de motivar la revisión de la pensión, no puede quedar incluido entre sus causas de extinción.

3. Convivencia marital del acreedor con un tercero.- Al igual que el nuevo matrimonio del acreedor, la convivencia marital del acreedor con un tercero -en cuanto causa extintiva del derecho a pensión- encuentra

del cónyuge divorciado una pensión de reversión a título de seguro de vejez; ésta cesa si el beneficiario contrae nuevo matrimonio. En el mismo sentido Vid.: Art. L. 44 du Code des pensions civiles et militaires; Art. L. 1.122-2 du Code rural; D. nº 77-1.237 du 9 novembre 1977; D. nº 77-1.238 du 9 novembre 1977; sobre el tema vid. en doctrina: "BOSQUET-DENIS, J.: "Le remariage". Rev. Trim. Dr. Civ. 1980, pp. 538 ss.; GRANELLI, C.: "Assegno al coniuge divorziato e secundae nuptiae del beneficiario". Riv. Dir. e Proc. Civ. 1976 (pp. 21-54).

su prece- . . . art. 31 de la Ley de Divorcio de marzo 1932. A diferencia de ella, no opera la extinción automática de tal derecho; para que la convivencia marital produzca la desaparición de la pensión es necesario que se pruebe la concurrencia en ella de los requisitos propios de la llamada convivencia "more uxorio"; esto es, que se compruebe que la unión entre el acreedor y el tercero tiene un carácter habitual y estable, quedando fuera de su ámbito las relaciones meramente esporádicas u ocasionales (430). Acreditado ésto, la extinción tiene lugar de pleno derecho.

La dificultad que la prueba de esta causa de extinción conlleva, fue apuntada en los Debates Parlamentarios. El Senador del Grupo Socialista, MIR MAYOL, afirmaba que para demostrar que un hombre y una mujer viven maritalmente se atacará, en muchos casos, el derecho a la intimidad reconocido en la Constitución (431).

(430) Sobre los requisitos de las uniones libres Vid: ESTRADA ALONSO, E.: "Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español". Tesis. Oviedo, marzo, 1985; no publicada y cuya consulta debo a gentileza del autor.

(431) "...¿Cómo se demuestra que un hombre y una mujer viven maritalmente?. Muchos deudores van a aprovechar el problema para dejar de pagar la pensión. Sólo atacando la intimidad -protegida por el art. 18 de la constitución- se podrá demostrar de mane-

Mientras el nuevo matrimonio es un hecho de fácil comprobación a través de las actas del Registro Civil, la convivencia marital, en cuanto situación de hecho, va a exigir del Juez un gran esfuerzo investigador. Por otra parte, esta prueba ha de ir dirigida, no sólo a la constatación de tal situación, sino también al momento en que se inició; la extinción de la pensión opera desde el día en que quedó constituida la convivencia marital -siempre que pueda ser probado- y no desde el momento en que tal situación es declarada. Consecuencia de ello es que el acreedor de la pensión puede venir obligado a devolver la cantidad que hubiera venido recibiendo desde uno a otro momento. La convivencia marital del acreedor con un tercero opera la extinción de la pensión con efectos retroactivos al día de su constitución.

Para que la convivencia marital extinga la pensión, es necesario que como consecuencia de la misma quede probado el nacimiento de un deber de socorro entre los compañeros o, por el contrario, la extinción -una

ra fehaciente que se vive maritalmente. Luego vendrán otros mecanismos, el recurso de amparo ante el Tribunal constitucional y podría haber un mecanismo corrector de abusos por parte del deudor que se quiere aprovechar de una situación de esta índole....".

vez acreditada la existencia de tal convivencia- tendrá lugar automáticamente aun cuando tal deber de socorro no exista?, ¿será necesario que el Juez compruebe que a través de esta unión con un tercero, desaparece el desequilibrio económico del acreedor por entrañar dicha unión un deber de mantenimiento?.

En el Ordenamiento francés, con anterioridad a la entrada en vigor del art. 283 Code, tanto la doctrina como la Jurisprudencia protagonizaron una controversia en torno a este interrogante, que, -al igual que la planteada en relación al nuevo matrimonio del acreedor- fue zanjada por la Ley de Reforma de 1975. El problema surgió a raíz de la genérica expresión con que el legislador había plasmado las causas de extinción de la pensión alimenticia; decía el art. 301 Code: "...Esta pensión será revocable en el caso en que cese de ser necesaria".

En un primer momento, la Jurisprudencia -rehusando la identificación entre concubinato y matrimonio- estimaba que aquél no podía comportar la extinción de la pensión, si bien admitía que, en razón de las consecuencias que podía entrañar en la situación del ex-cónyuge acreedor, podía ser alegado como causa de modificación del montante de la pensión. Consideraba, que si bien la extinción de la pensión se producía de pleno de-

recho en caso de divorcio del matrimonio del acreedor -al pasar la obligación de mantenimiento al nuevo cónyuge- no sucedía lo mismo con el concubinato (432). Sólomente en la medida en que la ayuda del compañero hiciera cesar el estado de necesidad, se extinguirá el derecho a pensión; si el estado de necesidad subsiste, el concubino podría continuar percibiéndola (433).

A través de esta interpretación se llegaba a favorecer el concubinato en detrimento del matrimonio, lo cual, para otro sector doctrinal, resultaba inadmisibles; de aquí que, pronto, y en contraposición con la anterior, surgió una nueva postura en virtud de la cual se identificaba -a efectos de extinción de la pensión alimenticia- el matrimonio con el concubinato. No sería justo -decían- otorgar al cónyuge que convive maritalmente con un tercero una situación más beneficiosa que la del esposo que contrae nuevo matrimonio; el estado de concubinato debería, pues, comportar la desaparición

(432) El Tribunal de Grande Instance, en Sentencia de 21 de junio 1968, afirmó que "el hecho que una mujer divorciada viva en concubinato, no implica que su amante subvenga a sus necesidades, por cuanto que no ha sido contraída ninguna obligación a su cargo". Trib. Grande Inst. París, 21 juin 1968. J.C.P. 1969, IV. p. 5.421.

(433) Montpellier 17 fevrier 1955. J.C.P. 1955, II, p. 8.957.

de la pensión. Esta afirmación encontraba su razón de ser, en unos casos, en un fundamento ético y moral (434), y en otros, en el deseo de atribuir a la unión libre un verdadero estatuto jurídico, asimilándola -a todos los efectos- a la unión matrimonial.

-
- (434) GARCIA CANTERO apunta como "a veces la falta de un deber legal de alimentos entre los concubinos conduce a soluciones jurisprudenciales que, indirectamente benefician al concubinato; conforme a una doctrina constante del Tribunal Supremo, la mujer divorciada que reitera matrimonio pierde automáticamente la pensión del art. 301; pero si entra en una relación concubinaria, la Jurisprudencia no es unánime alegándose para fundamentar la negativa, que 'no siendo sino una situación precaria e inestable que no genera ninguna obligación alimentaria, el concubinato de la ex-esposa no permite por sí mismo suprimir la pensión a que es acreedora'". GARCIA CANTERO, G.: "El Concubinato en el Derecho civil francés". Consejo Superior de Investigaciones científicas. Madrid, 1965. Destaca una sentencia dictada por la Corte de Apelación de California sobre una demanda presentada por una mujer que reclamaba la mitad de los bienes adquiridos con las rentas de un hombre con el cual había convivido maritalmente durante ocho años y del cual había tenido cuatro hijos. Según del derecho Californiano, si la pareja se hubiera casado, la mujer habría tenido derecho a la mitad de los bienes comunitarios; incluso en el caso del matrimonio hubiera sido declarado putativo. Si, por el contrario la mujer no estaba casada y vivía con un hombre, la corte Suprema de California había afirmado claramente en 1943 que "una mujer que vive con un hombre sin estar casada no adquiere derechos en las ganancias de este hombre"; aún más, la corte hacía saber que "ninguna consideración de equidad sería admitida para alegar las tribulaciones que resultaran de esta situación". A pesar de esta decisión de la corte Suprema del Estado, la Corte de Apelación declaró en la sentencia "In re marriage of Cary", que la decisión de 1943

La difícil polémica que se originó en virtud de la Ley de Reforma de 11 julio de 1975, al disponer en su art. 283 párrafo 2º que "...se pondrá fin a la pensión alimenticia si el acreedor vive en estado de concubinato notorio".

En nuestro Ordenamiento, al igual que sucedía con el nuevo matrimonio del acreedor, puede afirmarse que la extinción de la pensión por desequilibrio en razón de la convivencia marital del acreedor con un tercero, no queda subordinada al nacimiento de un nuevo deber de socorro entre los compañeros, que haga cesar el desequilibrio económico que originó la pensión. En principio hay que entender que, aún subsistiendo tal desequilibrio, la idea del legislador es que cuando se compruebe la existencia de una convivencia estable y habitual entre el acreedor y un tercero, se extinga la pensión automáticamente.

se había vuelto inaplicable por la adopción de una Ley en 1970. Así, afirmó que "las relaciones de la pareja eran tan familiares que debían tener la misma protección que los matrimonios putativos y legales. Por consiguiente, los bienes adquiridos con las rentas del compañero han de ser repartidos igualmente entre los dos". Por lo que se refiere a la clase de relaciones de donde nacen los derechos patrimoniales, la Corte ha especificado que "debe haber relaciones familiares con cohabitación, reconocimiento y presunciones mutuas de los

... bido a ello, no puede afirmarse que la introducción de tal causa de extinción en nuestro Ordenamiento, el legislador -con carácter innovador- ha venido a presumir la existencia de un deber de socorro entre los compañeros. Los que hacen esta afirmación (435) encuentran el fundamento de la convivencia marital, como causa de extinción, en la idea de que con tal convivencia el legislador piensa que desaparece el desequilibrio económico y, por tanto, hace extinguir la pensión. En su opinión, el precepto presume que quien vive en una comunidad extramatrimonial, tiene algún derecho a ser atendido económicamente por su pareja, lo cual considero, que tal y como ha sido formulada esta causa de extinción -independientemente de la relativa al cese del desequilibrio económico- no puede ser mantenido.

Ya dije anteriormente, que esta formulación separada nos lleva a afirmar que, tanto el nuevo matrimonio del acreedor como la convivencia marital con un

derechos y obligaciones que corresponden normalmente al matrimonio". Vid. GLENDON, M.A.: "La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'evolution actuelle du droit aux Etats Unis". Famille, Droit et changement social... op. cit., p. 22.

(435) Vid. ESTRADA ALONSO: op. cit., p. 641.

tercero, son causas de extinción que operan automáticamente al margen de la desaparición o no del desequilibrio económico en razón de la existencia de un nuevo deber de socorro. En consecuencia, si el fundamento de esta causa de extinción no puede buscarse en el nacimiento de tal deber, tampoco puede presumirse que el legislador con su formulación ha presumido su existencia entre los compañeros (436).

Nuestro Código no exige, a diferencia del francés, que la convivencia marital sea "notoria". Este requisito ha sido criticado por la doctrina; MASSIP (437) entiende que "desde el momento en que una decisión

(436) Para GITRAMA, la "ratio" de esta causa de extinción "podría entenderse cuanto comporta de sanción para una situación irregular, pero ello no se sostiene al definirse el mismo resultado del hecho de contraer nuevo matrimonio; podría imaginarse cuanto de sarcástico y vejatorio habría en que el deudor ayudase, mediante su pensión, a financiar un tal concubinato; podría pensarse en que, tanto si el acreedor vive en concubinato como si en nuevo matrimonio, se estima ya no necesitado de ayudas económicas exteriores, podría partirse de la base de que conviene evitar el fraude que consistiría en acumular las ventajas de sucesivas uniones de hecho y de Derecho, puesto que el beneficiario de una pensión podría refugiarse en el concubinato para no volverse a casar conservando así su pensión". GITRAMA GONZALEZ, M.: "Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada". Libro Homenaje a J. BELTRAN DE HEREDICA Y CASTAÑO. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1984.

(437) MASSIP: op. cit., p. 238.

debe constatar el concubinato, poco importa que sea o no de notoriedad pública. Lo que importa es que el concubinato sea probado, estable y que las relaciones de los concubinos sean estables y continuas...".

La expresa referencia del legislador francés al carácter notorio del concubinato, ¿ha de interpretarse en el sentido de considerar que tal causa de extinción es distinta a la prevista por el legislador español a través de la expresión "convivencia marital?. La respuesta, estimo, que ha de ser negativa. La notoriedad no ha de ser entendida en el sentido de publicidad o divulgación de forma que, faltando éstas, y aún reuniendo el concubinato los requisitos propios de tal relación, quede excluido de las causas de extinción de la pensión alimenticia. Por ello, no creo -como piensan LASARTE Y VALPUESTA (438)- que la manera en que nuestro legislador ha formulado la causa de extinción de la pensión alimenticia, haya de interpretarse como más estricta que la prevista por el legislador francés. El propio concepto de "convivencia marital", entendido como convivencia "more uxorio", lleva implícito las notas de publicidad y notoriedad, quedando así excluidas las relaciones

(438) LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 792.

ocultas y secretas mantenidas de forma intermitente, en las que faltaría el requisito de habitualidad exigido para la configuración de dicha convivencia.

Por otra parte, la expresión "convivencia marital" hace pensar en una relación heterosexual; ¿hay que entender por ello que cuando el acreedor mantenga una relación con persona del mismo sexo, la pensión por desequilibrio continúa vigente?.

La cuestión se planteó en Holanda, donde el Tribunal de los Países Bajos, en Sentencia de 3 de noviembre 1978 (439) interpretó restrictivamente el art. 1:160 C.c. holandés (en él se contempla como causa de extinción de la obligación alimenticia la convivencia del acreedor con un tercero sin mediar matrimonio), rehusando su aplicación a una unión lesbiana. Como hemos podido ir comprobando a lo largo de la exposición, el Hoge Raad basa la extinción o subsistencia de la pensión alimenticia en la desaparición o continuación del estado de necesidad del cónyuge acreedor. Así, junto con el supuesto de unión homosexual, declaró la no extinción de la pensión en un caso de nuevo matrimonio y concubi-

(439) H.R. 3 noviembre 1978... cit.

... de aquél.

En consecuencia, puede entenderse que -al igual que en otros casos- la no aplicación del citado art. 1:160 C.c. holandés a la relación lesbiana de la mujer acreedora de la pensión, encuentra su razón de ser, en la no concurrencia en dicha relación del deber de socorro preciso para hacer desaparecer en el esposo acreedor el estado de necesidad, origen de la pensión alimenticia.

No siendo ésta la razón de ser de nuestra causa de extinción, debe interpretarse que la convivencia del acreedor, incluso con personas del mismo sexo, cuando reuna los presupuestos propios de la convivencia marital a que se refiere el Código, conllevará -una vez probada- la extinción de la pensión por desequilibrio, entrando a formar parte del campo de aplicación del art. 101 párrafo 1º. La homosexualidad, si bien admitida e incluso, en un futuro, susceptible de producir efectos jurídicos, no puede ser, sin embargo, fuente de privilegios frente a otro tipo de relaciones heterosexuales y, más aún, frente a la unión matrimonial (440).

(440) En el mismo sentido vid. LASARTE Y VALPUESTA: ult. op. cit., p. 792.

Queda por resolver la cuestión de si una vez rota la convivencia marital puede renacer el derecho a pensión del acreedor contra su ex-cónyuge. La respuesta plantea mayores dudas que en lo que al nuevo matrimonio del acreedor se refiere. Al tratar este tema en relación a esta causa, afirmaba que, extinguida la pensión en razón del nuevo matrimonio del acreedor, no puede hacerse resurgir como consecuencia de un posterior divorcio o muerte del nuevo cónyuge. El derecho a que podría optar, en tal caso vendría configurado por una nueva pensión con unos presupuestos distintos cuya satisfacción correspondería al nuevo ex-cónyuge. Tratándose de una convivencia marital y, puesto que nuestro Ordenamiento no permite reconocer -salvo algún supuesto excepcional- una pensión posterior a su ruptura a favor del cónyuge cuya posición económica quede perjudicada, no parece justo identificar de forma absoluta tales situaciones -nuevo matrimonio y convivencia marital- en orden a los efectos de la extinción de la pensión.

El legislador, en lo que pueda redundar en beneficio de la convivencia marital, diferencia claramente esta situación de hecho con el matrimonio, privando a aquélla de efectos legales, mientras que en otros casos -como el que aquí se plantea- asimila ambas situaciones atribuyéndoles un carácter extintivo. Esta postura no parece justa; puesto que no se reconoce en nues-

tro Ordenamiento ninguna eficacia a tales uniones, parecería lógico que a los efectos del art. 101 párrafo 1º C.c., la convivencia marital fuera interpretada en un sentido menos estricto que el nuevo matrimonio del acreedor, entendiéndose que, en algunos casos, y por razones de equidad, pudiera revivir nuevamente el derecho del esposo acreedor a recibir nuevamente la pensión de su ex-cónyuge. Bien entendido que esta afirmación ha de ser interpretada en sentido estricto y con carácter excepcional, puesto que, en principio ha de afirmarse que una vez extinguida la pensión por cualquiera de las causas previstas en la Ley, el derecho a recibirla no puede renacer al desaparecer la causa que motivó tal extinción. Como apunta GITRAMA (441) "habría que confiar cada solución concreta al prudente arbitrio judicial, atendiendo las circunstancias concurrentes en cada caso" (442).

(441) GITRAMA: op. cit., p. 230.

(442) MASSIP, para el derecho francés considera que "la situación del esposo acreedor es, en el caso de concubinato notorio, diferente de la que tendría en caso de nuevo matrimonio; el cónyuge, en este caso se beneficiaría ya fuera de las ventajas que la Ley reconoce al cónyuge superviviente, ya de la prestación compensatoria en el caso de que la segunda unión se disolviera con el divorcio. No hay pues, una analogía perfecta entre las dos situaciones, de forma que podría sostenerse que las soluciones adoptadas en caso de nuevo matrimonio

B) Otras causas de extinción

Como ya adelanté, aunque el Código no lo diga expresamente, la propia naturaleza de la pensión hace que no sean sólo las causas enumeradas en el art. 101 las productoras de un efecto extintivo sobre la misma. A las tres causas enumeradas en el precepto han de acompañar, al menos, las siguientes:

1. La muerte del acreedor de la pensión
2. La prescripción
3. La renuncia

1. La muerte del acreedor de la pensión.- La muerte del esposo deudor de la pensión -como más adelante tendremos ocasión de comprobar- no produce la extinción de la deuda sino que, por el contrario, se transmi-

no se aplican necesariamente en caso de concubinato". MASSIP: op. cit., p. 239.

En el Derecho italiano el hecho de la convivencia marital del acreedor con un tercero no aparece recogido como causa de extinción. Surge la duda de si tal omisión ha de interpretarse en el sentido de identificar la convivencia marital con el matrimonio o, por el contrario entender que dicha convivencia no extingue el "assegno". Sobre el tema Vid. GAZZONI, F.: "Dal Concubinato a la familia de fatto". Giuffrè Edit. Milano, 1983, pp. 108 ss.; Cass. 19 febbraio 1977; nº 772. For. it. 1977, p. 2.267; Trib. Roma, 25 gennaio 1972, Dir. Fam. e pers. 1972, pp. 792 ss. con nota di MOROZZO

te pasivamente a sus herederos, con los límites fijados por el párrafo 2º del art. 101. De forma distinta, el fallecimiento del cónyuge beneficiario, habiendo nacido la pensión con la finalidad de restablecer su posición económica (y sóloamente la suya), originará su extinción definitiva evitando que entre a formar parte de la herencia y se transmita activamente a sus herederos.

2. La prescripción.- Tanto la pensión, en cuanto deuda dineraria, como el derecho a percibirla, en cuanto derecho de contenido patrimonial, quedan sometidos a los plazos de prescripción marcados por el Código.

La pensión por desequilibrio económico, en cuanto prestación dineraria, una vez devengada y no percibida, es susceptible de extinguirse por la inactividad de su titular. Su satisfacción -normalmente en forma periódica- hace que quede sujeta al plazo de prescripción previsto en el art. 1.966 para las obligaciones que deban ser pagadas en años o en plazos más breves: 5 años.

DE LA ROCA, Separazione per colpa, divorzio e assegno periodico. En el Ordenamiento alemán vid. parágrafo 1.579 nº 4.

Mayores dudas podría plantear el sometimiento a prescripción del derecho a percibir dicha prestación. A diferencia del derecho a obtener alimentos, que es calificado de derecho familiar (443), el que nace del art. 97 es de contenido patrimonial. CASTAN TOBEÑAS (444), distingue los derechos patrimoniales de los extrapatrimoniales, concibiendo los primeros como "aquellos que forman parte del patrimonio de la persona, esto es, los que garantizan al titular bienes que son pecuniariamente estimables, frente a los no patrimoniales, que garantizan intereses ideales, posiciones o estados no susceptibles de una estimación pecuniaria". No obstante, apunta PLANIOL (445) que "sucede a veces que un derecho extrapatrimonial entrañe consecuencias pecuniarias, por ejem-

(443) Según DIEZ PICAZO, "es un negocio jurídico familiar el convenio que, entre el deudor y el acreedor de una obligación de alimentos se celebre respecto a su cuantía, reducción, aumento o forma de prestarlos...". DIEZ PICAZO: "El Negocio jurídico del Derecho de Familia". Estudios de Derecho Privado. Edit. Civitas S.A. Madrid, 1980, p. 37.

(444) CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil Español, Común y Foral". Tomo I. Introducción y Parte General. Vol. 2º. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos. Decimocuarta edición. Revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS. Reus. S.A. Madrid, 1984, p. 37.

(445) PLANIOL: "Traité élémentaire", t. I, edición de 1950, nº 360, p. 158; op. cit. CASTAN TOBEÑAS: "Derecho Común español... Tomo I, Introducción y Parte General... op. cit. nota 2, p. 37.

plc, el estado de familia que produce el efecto de crear un crédito alimenticio o un derecho de sucesión". Siendo la pensión un derecho que forma parte del patrimonio de la persona y cuya estimación -por regla general- es realizada en dinero, ha de ser encuadrado dentro de los derechos patrimoniales; en consecuencia, puede afirmarse que, a diferencia del derecho a percibir alimentos (446), el de pensión es un derecho objeto de disposición, de transmisión (al menos pasivamente) y de prescripción.

La ausencia de plazo de prescripción fijado expresamente por el Código hace que quede sometido al de quince años, previsto por el artículo 1964 para las acciones que no tengan señalado término especial.

3. La renuncia.— Si bien el Código no dice nada al respecto, el carácter de derecho patrimonial que le ha sido atribuido a la pensión, unido a la ausencia de norma que la prohíba, nos lleva a afirmar la posibilidad de renuncia del derecho a pensión.

(446) El T.S. en Sent. de 7 octubre 1970 negó al derecho de alimentos la calificación de derecho patrimonial en su calidad de institución familiar, proclamando su carácter imprescriptible. Vid. Sent. T.S. 7 octubre 1970. Jurisp. Civil. Colección Legisl. de España. p. 457.

Un sector doctrinal, en el que destaca GARCIA CANTERO (447) hace notar como "pese a tener una naturaleza distinta que la pensión alimenticia, de alguna manera puede verse en la pensión por desequilibrio un carácter personal que aconsejaría aplicar el régimen del art. 151 C.c. (448)". Excluido el carácter alimenticio de aquélla y sentadas las diferencias entre ambas instituciones no hay razón alguna que nos lleve a aplicar el régimen de los alimentos a la pensión.

Con carácter general, el art. 6 nº 2 C.c., contempla las condiciones necesarias para que la renuncia de un derecho pueda ser considerada válida: "La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros...".

A la vista de esta formulación, ¿puede predicarse el carácter renunciabile del derecho a pensión, o, por el contrario deberá entenderse que queda incluido dentro de los derechos cuya renuncia contraria al interés o al orden público o perjudica a terceros y, en con-

(447) GARCIA CANTERO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones... op. cit., p. 440.

(448) Art. 151: "No es renunciabile ni transmisibile a un tercero el derecho a los alimentos...".

secuencia hay que considerarlo irrenunciable?.

Sería excesivo entender que la renuncia del derecho de pensión contraría el interés o el orden público (449). Mayor precisión requiere la alusión al posible perjuicio que pueda originar a los terceros. Esta limitación encuentra su fundamento, no sólo en tal precepto general, sino también en particular para los acuerdos adoptados por los cónyuges al regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio, en el art. 90 párrafo 2º. C.c. Tal precepto, ya analizado, establece que tales acuerdos "serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges...".

Nada impide, en principio, que los esposos ya sea en el Convenio Regulador contemplado en el art. 90,

(449) CASTAN TOBEÑAS advierte la gravedad de estas expresiones, entendiéndolas como de orden público: las leyes que regulan el estado y capacidad de las personas; las que se refieren a la organización de la propiedad y del crédito territorial; las del Derecho de Familia puro, y, dentro del de Sucesiones, las relativas a las legítimas y a las solemnidades de los testamentos. Pero, en realidad -dice- no es posible llegar en esta materia a fórmulas netas. CASTAN TOBEÑAS: "Derecho Civil Español, Común y Foral... Tomo I. Introducción y Parte General..." op. cit., p. 103.

ya a través de los acuerdos formulados con carácter general en el párrafo 2º de dicho precepto, puedan acordar la renuncia a la solicitud del derecho a pensión aún cuando se den los presupuestos necesarios para su otorgamiento (450). Tal acuerdo, al igual que todos los demás que en materia de pensión adopten los esposos, exige la aprobación judicial (451) al objeto de comprobar si resultan dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

De esta forma, aún admitiendo el carácter renunciabile de la pensión, hay que decir que cuando tal renuncia supusiera un grave perjuicio para los hijos o para el cónyuge que hubiera tenido derecho a ella, por haberse realizado, por ejemplo, con la mera finalidad de acelerar el proceso o de evitar conflictos, no puede ser admitida. En tales casos hay que proclamar la posi-

(450) En Holanda, ante la posibilidad prevista en el art. 1:158 C.c., de permitir a los esposos realizar Convenios en los cuales se excluyera la entrega de la pensión alimenticia, se alzaron fuertes críticas. Se alegaba en contra de esta posibilidad, que estaba comprobado que, a menudo, la mujer, encontrando motivos para perdonar a su esposo consiente en firmar este acuerdo y se dirigen en seguida a la asistencia pública alegando la falta de medios económicos. La asistencia pública en tal caso se ve obligada a pagar una pensión alimenticia a la mujer, sin medios de hacerse pagar su pensión por el antiguo marido. Vid. BRONGERSMA: loc. cit., p. 400.

(451) En contra LASARTE Y VALPUESTA: op. cit., p. 794.

bilidad de que el Juzgador impida tal extinción voluntaria del derecho, denegando la aprobación de tales acuerdos de las partes.

Discute la doctrina si cabría hablar de una renuncia tácita a la pensión, con imposibilidad de solicitarla, en aquellos casos en que no haya sido pactada en el convenio regulador ni solicitada en la demanda ni en ejecución de sentencia. ROCA TRIAS niega tal posibilidad debido a que, quedando la pensión sujeta a un plazo de prescripción, mientras no haya transcurrido dicho plazo es posible pedirla y, por tanto, no puede entenderse que se ha renunciado a solicitar tal derecho (452).

La posibilidad de que los esposos renuncien tácitamente a la pensión es formalmente imposible en los casos en que la separación o el divorcio hayan sido solicitados de común acuerdo. En tales supuestos, siendo preceptiva la presentación del convenio regulador, y conteniendo éste un mínimo de menciones ineludibles -entre las cuales se encuentra la pensión- sin las cuales el Juez no puede proceder a su aprobación, es imposible la renuncia tácita a la pensión; todo lo más, cabría que en dicho convenio manifestaran su voluntad de excluirla,

(452) ROCA TRIAS: op. cit., p. 643.

bre la no existencia del derecho a pensión entera que se ha renunciado tácitamente a ella. El silencio de las partes ha de ser considerado como un acto del que inequívocamente puede deducirse que los esposos han decidido voluntariamente excluirla, extinguiéndose con ello la posibilidad de solicitar la pensión en un juicio separado posterior al de la separación o divorcio.

A la misma solución podría llegarse considerando que, por no concurrir los presupuestos necesarios, el derecho a pensión cuando no se solicita en la demanda de separación o divorcio o en ejecución de sentencia no llega a nacer y, por tanto, no cabe otorgar la pensión ni en el momento de la sentencia ni en otro posterior. El derecho de pensión en razón de su carácter excepcional no se concede automáticamente en todos los casos de separación o divorcio sino que, por el contrario, es necesario que quien pretenda hacerse acreedor de ella acredite que se dan los presupuestos necesarios para su otorgamiento. Siendo su presupuesto básico el desequilibrio económico será, pues, preciso que se demuestre su existencia; en los supuestos en que la pensión no haya sido solicitada ni en la demanda ni en ejecución de sentencia, es lógico pensar que tampoco ha sido acreditado tal desequilibrio, debiendo entenderse, por tanto, que el derecho a pensión no ha surgido. Hay que negar en tal caso la posibilidad de obtenerla, no solamente en el mo-

mento en que se dicta la separación o divorcio, sino también en un momento posterior.

En virtud de esta tesis, quedaría también salvada la objeción alegada por ROCA TRIAS (453) según la cual la posibilidad de renuncia tácita no existe en razón del sometimiento de la pensión a un plazo de prescripción durante el cual puede ser reclamada. Al no existir derecho a pensión por no haber concurrido los presupuestos necesarios para su otorgamiento, no existirán tampoco plazos de prescripción durante los cuales pueda ser solicitada.

La solución contraria nos llevaría a situaciones inadmisibles tales como, por ejemplo, que un cónyuge divorciado volviera a casarse y a los diez años de matrimonio el antiguo ex-cónyuge le reclamara la pensión alegando el desequilibrio económico experimentado al momento del divorcio. Las razones abonadas anteriormente, unidas a la inseguridad jurídica a que se llegaría y a la dificultad insalvable que para el Juez supondría el acreditar un desequilibrio económico numerosos años después de producido el divorcio, nos llevan a afirmar la imposibilidad de reclamación posterior de la pensión

(453) ROCA TRIAS: "Efectos comunes a la nulidad..." op. cit., p. 643.

cuando no hubiera sido solicitada, ya en la demanda que decreta la separación o el divorcio, ya en ejecución de sentencia.

II. TRANSMISIBILIDAD DE LA PENSION

Si bien la muerte del esposo acreedor, en razón del carácter personal del derecho a pensión, produce su extinción, no sucede lo mismo con el fallecimiento del obligado al pago. Producido éste, la pensión sigue subsistiendo a cargo de sus herederos dentro de los límites previstos en el párrafo 2º del art. 101. A tenor de este precepto: "...El derecho a la pensión no se extingue por el sólo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima".

La transmisibilidad pasiva de la pensión no aparecía recogida en el inicial Proyecto gubernamental, siendo introducida posteriormente por el Informe de la Ponencia. Sentada esta regla, la pensión pasa a formar parte de la herencia del causante como una carga más de su patrimonio, en razón de lo dispuesto en el art. 659 C.c.: "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su

muerte". Esta transmisión no es aceptada por la totalidad de la doctrina. Así, ARZA, para quien la subsistencia de la pensión más allá de la muerte del deudor resulta extraña debido a que, siendo la razón de esta pensión el hecho de haber estado casados los cónyuges, y haber determinado la separación o divorcio un desequilibrio económico entre el deudor y el pensionista, parecería que la muerte del deudor tendría que ser suficiente para la extinción de la pensión sin que la obligación pasase a sus herederos (454). Precisamente, por cuanto que el desequilibrio económico no tiene porqué cesar con la muerte del obligado al pago, es por lo que el legislador, con buen criterio, y a los fines de salvaguardar la posición económica del acreedor, ha considerado oportuno seguir manteniendo la deuda a cargo de los herederos.

Ahora bien, debido a que a través de esta transmisión pueden verse perjudicados los derechos de

(454) ARZA, A.: "Remedios jurídicos a los matrimonios rotos" (nulidad, separación y divorcio). Universidad de Deusto. Bilbao, 1982, p. 135; PARA MARTIN hace notar como "puede darse el caso -un tanto pintoresco- de que la segunda esposa del causante -nombrada heredera por éste- deba de abonar a la primera esposa divorciada, el importe de la pensión que venía abonando el marido -sucesivo- de ambas". PARA MARTIN: op. cit., p. 162.

los herederos, el precepto, tratando de conciliar los intereses de las dos partes -titular de la pensión y herederos- ha arbitrado unos límites a través de los cuales se garantice la cuota hereditaria de los nuevos titulares pasivos. Por una parte, evitando la confusión del patrimonio del causante con el de los herederos y por otra salvaguardando sus derechos a la legítima. Así, el Código atribuye a estos la facultad de solicitar al Juez la reducción o supresión de la deuda:

1º. Si el caudal hereditario no fuera suficiente para satisfacer "las necesidades de la deuda".

2º. Si la pensión afectara a la legítima de los herederos.

Con la primera de estas causas, el legislador, a través de una obscura redacción, hace depender la satisfacción de la pensión de la existencia de bienes suficientes en el patrimonio del causante. Los herederos sólo vienen obligados al pago de la deuda hasta el límite de su propia cuota hereditaria, pero no más allá, quedando a salvo su propio patrimonio. La expresión "necesidades de la deuda", lejos de ser una expresión clara suscita innumerables dudas. SANCHO REBULLIDA (455)

(455) SANCHO REBULLIDA: "Elementos..." op. cit., p. 265.

considera que tal expresión parece significar que "las rentas del caudal sean insuficientes para servir la pensión o que, en su caso, el servicio de la pensión lesione la legítima". Entiendo, que la misma ha de interpretarse en el sentido de incluir dentro de ella, tanto el montante inicial de la pensión como las sucesivas actualizaciones, de forma que cuando el caudal hereditario no sea suficiente para cubrir estas sumas podrán los herederos pedir al Juez su reducción o incluso su supresión. Podría ocurrir, que al tiempo de la sucesión dicho caudal fuera bastante para satisfacer la cuantía de la pensión en ese momento, pero no lo fuera para hacer frente a las sucesivas actualizaciones a las que, conforme al art. 100 C.c., queda sometida. En tal caso habría que entender, igualmente, que el caudal hereditario no es suficiente para satisfacer las "necesidades de la deuda".

La segunda causa conforme a la cual se faculta a los herederos para solicitar la reducción o supresión de la deuda, supone una nueva manifestación del principio de intangibilidad de la legítima consagrado en nuestro Código. Así, en el caso de existir herederos forzosos, la pensión habría de ser satisfecha con la parte de libre disposición sin que su pago pueda perjudicar la parte de legítima que por Ley de 1908 le fue atribuida. Esta limitación venía ya impuesta por la Ley de 2 marzo

1932 al disponer el párrafo 2º del art. 31 que "...La obligación del que haya de prestar alimentos se transmite a sus herederos, dejando a salvo las legítimas" (456).

Las operaciones de reducción o supresión han de ser solicitadas al órgano judicial, el cual, no creo que pueda obrar discrecionalmente decretando una u otra; por el contrario, entiendo que inicialmente ha de intentar compatibilizar los derechos de ambos titulares, reduciendo la pensión hasta el límite permitido por el caudal hereditario o hasta el límite donde no queden afectadas las legítimas, sin que pueda declarar suprimida la pensión salvo en los casos en que tal conciliación se haga imposible.

Los herederos gravados por la transmisión de la pensión disponen de los mismos derechos, y tienen las mismas obligaciones que las que correspondían al deudor causante. Puede, así afirmarse que la carga que pesa sobre los herederos tiene la misma duración que tendría

(456) Apuntaba DELGADO IRIBARREN como "este derecho representa una innovación en nuestro Derecho. Siempre se había considerado el derecho a alimentos como una obligación de carácter personal, por lo que ... desaparecer el sujeto obligado, desaparecería también el vínculo jurídico al que se hallaba contenido...". DELGADO IRIBARREN: op. cit. p. 296.

la obligación si viviera aquél; mientras no concurra causa de extinción la entrega de la pensión perdurará en el tiempo; sobrevinida alguna, la pensión se extingue frente a los herederos. De la misma manera puede decirse que cuando sobrevenga alguna "alteración sustancial" en el sentido del art. 100 C.c., podrán solicitar la modificación de la pensión. Por su parte, el acreedor de ésta dispone, contra los herederos, de todas las cauciones personales y reales necesarias para garantizar la deuda.

Una cuestión que podemos plantearnos es la de ¿qué sucede en los casos en que ninguno de los llamados haya aceptado la herencia?. GARLATTI, para el derecho italiano, considera que lo más conveniente sería acudir al instituto de la herencia yacente. "El cónyuge divorciado, en cuanto sujeto interesado, puede pedir el llamamiento de un administrador a fin de que cumpla las obligaciones relativas a su cargo, entre las que se encuentra el pago de las deudas hereditarias" (457). En nuestro ordenamiento la institución de la herencia yacente encuentra aplicación, más que en los casos en que los llamados no hayan aceptado la herencia, en aquéllos en que, por no haber aceptado todavía, existe un

(457) GARLATTI: Loc. cit., p. 614.

período de tiempo -el que media entre la apertura de la sucesión y la aceptación del llamado- en el que los bienes hereditarios se encuentran sin titular. Se dice entonces que la herencia está yacente. No es éste, sin embargo, el supuesto planteado.

En aquellos casos en que todos los llamados a la herencia la repudien, con el consiguiente perjuicio para el esposo titular de la pensión, pienso que podría tener aplicación la norma prevista en nuestro Código con carácter general para proteger los créditos de los acreedores. Es la llamada aceptación por los acreedores prevista por el art. 1.001 C.c. a tenor del cual: "Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptar en nombre de aquél.

La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponde según las reglas establecidas en este Código".

Podría suceder, que aún siendo el caudal hereditario suficiente para satisfacer la pensión, los llamados, en razón de los escasos beneficios que la heren-

cia puede reportarles, frente a las numerosas deudas de las que han de responder, renuncien a ella. En tal caso, la Ley concede al acreedor una acción dirigida a salvar su crédito.

Una nota importante a destacar, es que -a diferencia de lo que sucede en el Ordenamiento italiano- la deuda que los herederos vienen obligados a pagar a tenor del párrafo 2º del art. 101 C.c., no es una obligación que surge "ex novo" por ministerio de la Ley, sino que se trata de la misma pensión que el acreedor venía recibiendo de su ex-cónyuge y que, a su muerte, se transmite pasivamente a sus herederos (458).

El art. 3 de la Ley italiana nº 436/78 de 1 de agosto, integradora de la Ley de Divorcio de 1 diciembre 1970, ha introducido en ésta un artículo 9 bis a través del cual se crea una nueva figura de pensión a favor del cónyuge divorciado y a cargo de la herencia de su ex-cónyuge. Dice el citado art. 9 bis: "Aquél a quien haya sido reconocido el derecho a la entrega pe-

(458) Esta es también la línea seguida por el Code français el cual en el art. 276-2 establece que: "A la muerte del esposo deudor, la carga de la pensión pasa a sus herederos".

riódica de una cantidad de dinero según lo previsto en el art. 5, cuando se encuentre en estado de necesidad, el Tribunal, después de la muerte del obligado, puede asignarle una pensión periódica a cargo de la herencia teniendo en cuenta, el importe de aquella suma, la entidad de la necesidad, la eventual pensión de reversibilidad el caudal hereditario, el número y cualidad de los herederos así como sus condiciones económicas. La pensión no será asignada si las obligaciones patrimoniales previstas en el art. 5 han sido satisfechas 'a tanto alzado'.

Sobre acuerdo de las partes la entrega de la pensión puede atribuirse "a tanto alzado". El derecho a la pensión se extingue si el beneficiario contrae nuevas nupcias o desaparece su estado de necesidad. Cuando tal estado sobrevenga, la pensión puede ser nuevamente atribuida".

De este precepto extrae la doctrina italiana el carácter intransmisible del "assegno di divorzio" recogido en el art. 5 de la L. 1 diciembre 1970. Se afirma que la circunstancia de haber otorgado al cónyuge divorciado la facultad de pedir la intervención del Tribunal para la atribución de una pensión a cargo de la herencia constituye un reconocimiento de que la obligación de entrega de la pensión de divorcio cesa con la muerte

del obligado (459). La pensión que recoge el art. 9 bis se configura como una nueva pensión, independiente de la prevista en caso de divorcio por el art. 5 la cual se extingue con la muerte del obligado sin posibilidad de transmitirse pasivamente a sus herederos.

Si sobre la calificación de derecho autónomo hay unanimidad en la doctrina, no es, por el contrario, pacífica la cuestión de cuál ha de ser la naturaleza jurídica que debe atribuirse a esta nueva pensión. Para un sector doctrinal es indudable la consideración de legado de alimentos, al subordinar su entrega a la existencia de un estado de necesidad: "es admitido en la doctrina y en la Jurisprudencia que el testador pueda subordinar la eficacia de tal legado al estado de necesidad del legatario" (460). Para otro, contrariamente,

(459) GARLATTI: op. cit., p. 609; en el mismo sentido VINCENZI AMATO considera que el art. 3 de la L. nº 436 de 1978 (art. 9 bis l. 1 diciembre 1970) resuelve el problema de la transmisibilidad pasiva del "assegno". Lo hace excluyendo la posibilidad de que la obligación del ex-cónyuge se transfiera automáticamente a sus herederos, estableciendo, por el contrario, el anterior goce de tal "assegno" en favor del cónyuge divorciado como presupuesto, como uno de los presupuestos para la atribución de una nueva pensión a cargo de la herencia". VINCENZI AMATO: op. cit., p. 387; en el mismo sentido vid: BARBIERI: "Il divorzio dopo la riforma..." 2ª edizione 1970, op. cit., p. 329.

(460) CARRARO, L.: "La vocazione legittima alla succes-

es dudoso que dicha pensión pueda alcanzar la calificación de legado de alimentos, en razón a que el art. 9 bis atribuye al cónyuge divorciado el derecho a acudir a los Tribunales para que, a la vista de determinadas circunstancias, se pronuncie sobre la entrega o no de tal pensión sin que exista un derecho reconocido a la obtención de la misma. Siendo ésto así, no puede hablarse de legado por cuanto que éste tiene el carácter de derecho subjetivo perfecto (461).

Dejando al margen esta discusión doctrinal, hay que apuntar, que la pensión a que nos referimos no procede en los casos en que la satisfacción del "assegno" haya tenido lugar en forma de capital; su presupuesto básico de otorgamiento es el estado de necesidad, de manera que, cuando éste desaparece, se extingue, pudiendo resurgir nuevamente caso de reaparecer dicha necesidad. El estado de necesidad, a estos efectos, se identifica, a decir de BIANCA, "con el de la insuficiencia de las rentas que adquieren relevancia a los fines del 'assegno'. Debe ser entendido, pues, como la insuficien-

sione". Casa editrice DOTT. Antonio Milani. Padova, 1979, p. 236.

(461) Vid. GARLATTI: loc. cit., p. 386; VINCENZI AMATO: op. cit., p. 388.

cia de las rentas del ex-cónyuge para mantener el nivel de vida matrimonial" (462).

Como nota más relevante de la pensión contemplada en el art. 9 bis, puede destacarse el, ya mencionado, carácter autónomo que ha de atribuírsele. La importancia de dicho precepto radica en el reconocimiento de que los derechos que en él se contemplan nacen a favor del cónyuge divorciado a través de una vía autónoma, independiente de la pensión de divorcio prevista en el art. 5. GARLATTI señala que "el Tribunal de Casación, siguiendo esta dirección, ha manifestado que se trata de nuevos derechos nacientes después de la cesación de la obligación del art. 5 y sobre la base de presupuestos y condiciones que no coinciden con aquellos que la justificaban" (463).

Con este nuevo derecho, la Ley integradora de 1978 ha querido dar una mayor tutela a los derechos del cónyuge divorciado que, al margen de la pensión de divorcio recogida en el art. 5 y de la pensión de reversión prevista en el art. 9, ha introducido una nueva

(462) BIANCA: op. cit., p. 193.

(463) GARLATTI: op. cit., p. 614.

norma en virtud de la cual pueda aquél solicitar del Tribunal una pensión autónoma en base a su estado de necesidad. Se evidencia, así, cómo la tónica de las legislaciones comparadas es la de prestar cada vez más atención, e intentar subsanar, la difícil posición económica en que la crisis matrimonial puede situar a alguno de los cónyuges.

Esta es también la línea seguida por nuestro legislador, el cual, acogiendo la transmisibilidad de la pensión en caso de muerte del obligado a satisfacerla, deja patente su intención de evitar que el esposo separado o divorciado venga a situarse en una penosa situación económica.

CONCLUSIONES

Concluir en breves párrafos lo que ha constituido una labor de años se me antoja una tarea ardua y, en cierto modo, carente de sentido. La estimulante investigación que, hasta culminar este trabajo, he llevado a cabo en torno a la figura de la pensión por desequilibrio económico me impide extraer, aisladamente del texto, unas conclusiones que al margen de los razonamientos y de las premisas que me han llevado a ellas perderían su verdadero valor, suscitando en el lector no pocas dudas y vacilaciones; no sería correcto por mi parte contribuir a crear confusiones que, en muchos casos, podrían quedar obviadas a través de una lectura completa del estudio.

No pretendo con tales palabras eludir una parte de la Tesis Doctoral que tradicionalmente viene siendo obligada en las labores de investigación de este tipo, sino más bien, censurar una costumbre que, lejos de alcanzar algún interés tanto práctico como didáctico, puede llevar a distorsionarla o, aún más, a desmerecerla.

Tales motivaciones me han animado a llevar a efecto -como parte final de este trabajo- una labor exe-

gética de las conclusiones que a lo largo de su desarrollo he venido extrayendo, para, en último término, dejar plasmadas las que, a mi juicio, resultan más significativas:

I

El derecho de pensión regulado en el art. 97 C.c. se configura como un derecho patrimonial, distinto de los alimentos y de la indemnización consagrada para la nulidad en el art. 98, que, si bien fuertemente condicionado por la relación matrimonial, encuentra su causa en la sentencia que decreta la separación o el divorcio. Consecuentemente, su fundamento hay que buscarlo, no en un principio de solidaridad postconyugal, sino en el restablecimiento del desequilibrio económico originado por tales situaciones de crisis.

II

En la conformación del derecho a pensión se hace necesario distinguir: por una parte, los presupuestos necesarios para hacer surgir la posibilidad de solicitarlo, dentro de los cuales queda enmarcada la sentencia de separación o divorcio, y, por otra, los presupuestos necesarios para su otorgamiento, entre los cuales destaca como fundamental el desequilibrio económico

experimentado por uno de los esposos con posterioridad a dicha sentencia. Tal desequilibrio ha de ser interpretado subjetivamente, dando cabida dentro de él, no sólo a elementos de carácter económico sino también a otra serie de factores o circunstancias subjetivas -básicamente las configuradoras de la vida matrimonial- que vienen a constituirse como su soporte.

III

Intimamente ligada con la conclusión precedente, aparece otra, dirigida a poner de relieve el papel preponderante que las circunstancias enumeradas en el art. 97 adquieren en el otorgamiento de la pensión. Tales circunstancias no desempeñan una función meramente cuantificadora sino que, entrando a integrar el propio desequilibrio económico, han de ser tenidas en cuenta por el Juez para decidir sobre la procedencia o no del derecho a pensión.

IV

El desequilibrio económico que cobra relevancia a efectos de atribución de la pensión no es el experimentado por los esposos al momento de decretarse la separación o el divorcio, sino el que sufren al momento de la cesación de la convivencia o, en palabras del pro-

pio Código, cuando se inicia el período de "cese efectivo de la convivencia conyugal". En consecuencia, las posteriores circunstancias sobrevenidas a este momento sólo podrán ser tomadas en consideración, a tales efectos, en los casos en que guarden una relación de causalidad directa con la situación matrimonial anterior.

V

Del contexto del art. 97 se desprende que la sentencia en la que ha de hacerse constar la pensión, es la que decreta la separación o el divorcio; afirmación que nos lleva a concluir la imposibilidad de solicitar dicha pensión posteriormente, en un juicio separado, alegando la sobreveniencia de determinadas circunstancias que ha de haber existido en aquel momento habrían dado lugar a su obtención.

VI

Aunque el Código no lo diga expresamente, de los diversos preceptos que regulan la pensión, así como de la propia denominación utilizada, se desprende que la modalidad normal de satisfacción de la pensión es la de una renta periódica. El pago de la pensión, a diferencia de lo que ocurre en materia de alimentos, ha de ser abonado desde el día en que se dicta la sentencia de separación o divorcio.

VII

Para que la actualización de la pensión cumpla la finalidad deseada, ha de llevarse a efecto tomando como base revalorizable, no la cantidad inicialmente fijada, sino la que resulta de la acumulación de los diversos incrementos provenientes de las sucesivas actualizaciones.

VIII

La generalidad de nuestro Código en materia de garantías de la pensión, nos lleva a afirmar que, en principio, cualquier tipo de garantía -personal o real- puede ser adoptada como medida para asegurar su pago.

IX

Las causas de extinción de la pensión por desequilibrio económico no pueden reducirse a las mencionadas en el art. 101 sino que, la calificación de derecho patrimonial asignada al de pensión, hace que al margen de ellas haya que incluir otras que, con carácter general, operan la cesación de tales derechos.

X

Una vez extinguida a favor del deudor la obligación de satisfacer la pensión, hay que negar la posibilidad de que pueda renacer cuando desaparezca la causa que motivo tal extinción; ello incluso cuando como consecuencia de la misma sobrevenga un nuevo desequilibrio económico para el ex-conyuge acreedor. Tal desequilibrio no opera en estos casos como presupuesto de atribución del derecho a pensión, por cuanto que no viene provocado ni por la anterior situación matrimonial ni por la separación o el divorcio; de forma distinta, trae su causa de circunstancias posteriores y ajenas que, en modo alguno, son susceptibles de hacer resurgir el derecho a su obtención.

XI

A diferencia del "cese de la causa que lo motivó", el nuevo matrimonio del acreedor, junto con la convivencia marital de este con otra persona, son hechos que operan la extinción automática del derecho a pensión, al margen de que en virtud de ellos desaparezca o no el desequilibrio económico. De la formulación independiente de estas tres causas se desprende que la única cuya actuación se hace depender de la desaparición de tal desequilibrio es la relativa al "cese de la causa que

lo motivó"; las demás extinguirán la pensión de pleno derecho.

XII

Tanto la pensión en cuanto deuda dineraria, una vez devengada y no percibida, como el derecho a solicitarla, quedan sometidos a los plazos de prescripción marcados por el Código. La primera al de 5 años previsto en el art. 1.966 para las obligaciones que han de ser pagadas en años o plazos más breves, y el segundo al de 15 años marcado por el art. 1.964 para las acciones que no tengan señalado término especial.

XIII

La pensión, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 101, es transmisible a los herederos del deudor. En los casos en que todos los llamados a la herencia la repudien, con el consiguiente perjuicio para el titular de la pensión, será de aplicación la norma que, con carácter general, contempla el art. 1.001 C.C. para proteger los créditos de los acreedores.

B I B L I O G R A F I A

- AARNIO, A.: "Le ricerche nel campo del diritto di famiglia e le riforme legislative in Finlandia negli anni settanta". *Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa*, a cura di Valerio POCAR e Paola RONFANI. *Diritto e cultura moderna* 19. Edizioni di Comunità. Milano, 1979.
- AGALLOPOULOS-ZERVOYANNIS, P.: "Reflexions sur la loi hellénique transitoire n° 868/1979 concernant le divorce pour rupture prolongée de la vie conjugale". *Rev. Int. Dr. Comp.* 1980 n° 2 (pp. 363-372).
- ALAGNA, S.: *Familia e i rapporti tra coniugi nel nuovo diritto. Pubblicazione dell'istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Università di Messina. Milano-Dott. Giuffrè edit. Milano, 1979.*
- ALBACAR LOPEZ, J.L.: Informe sociológico y jurídico sobre la aplicación de la Ley del Divorcio. *Revista Jurídica española "LA LEY"* 1983, n° 4, pp. 1.214 ss.
- ALBACAR LOPEZ, J.L.: Informe sociológico y jurídico sobre la aplicación de la Ley del Divorcio. Tomos I y II. Presidencia del T.S. Secretaría General Técnica.
- ALBACAR LOPEZ, J.L.: Doctrina de las Audiencias Territoriales en aplicación de la Ley de 7 julio 1981 en materia de separación y divorcio. *Revista Jurídica española "LA LEY"*, 1983 n° 4, pp. 1.081 ss.
- ALBACAR LOPEZ, J.L.: "Validez de las cláusulas alimentarias consignadas en los pactos de separación matrimonial". *Revista Jurídica española "LA LEY"*, 1980, n° 1, p.
- ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Librería Bosch. Barcelona, 1982.*
- ALEMANY GAL BOGUÑA, J.: *Guía práctica del Divorcio, con la colaboración de AMAT CORTES y*

1962 en el Paraninfo de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 1961.

- ARIAS RAMOS, J.: "En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa". A.A.M.N., 1946, tomo II.
- ARNAUD, A.J.: "Per una ricerca sociologica sul diritto di famiglia in Francia". *Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa*, a cura de Valerio POCAR e Paola RONFANI. *Diritto e cultura moderna* 19. Edizioni di Comunitá. Milano, 1979.
- ARZA, A.: *Remedios jurídicos a los matrimonios rotos (nulidad, separación y divorcio)*. Universidad de Deusto. Bilbao, 1982.
- AUTORINO STANZIONE, G.: *Divorzio e tutela della persona. L'esperienza francese, italiana e tedesca*. Edizioni Scientifiche italiane. Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro PERLINGIERI. Camerino, 1981.
- BACH, L.E.: "Contribution a l'étude de la condition juridique du conjoint survivant". *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1965 (pp. 545-587).
- BARBIERA, L.: *Divorzio. Commentario del Codice Civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA. Libro I. Persone e famiglia. Art. 149. Supplemento legge 1º dicembre 1970 nº 898*. Zanichelli. Editore Bologna. Soc. Edit. italiano. Roma. Bologna, 1971.
- BARBIERA, L.: *Il Divorzio dopo la riforma del diritto di famiglia. Commentario del Codice Civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA. Libro primo: Persone e famiglia. Art. 149. Supplemento Legge 1º dicembre 1970 nº 898 modificata e integrata dalla Legge 1º agosto 1978 nº 436. Seconda edizione*. Zanichelli. Editore Bologna. Il foro italiano Roma. Bologna, 1979.
- BARBIERA, L.: "Le condizioni economiche dei coniugi e la funzione indennitaria dell'assegno di divorzio". *Giur. it.* 1981 (pp. 209-212).
- BARBERO, O.U.: *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1977.

- BARJA QUIROGA, J.: El divorcio en España. Crítica de la nueva Ley. Biblioteca del saber inmediato. Ediciones Forja, S.A. Madrid, 1982
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.: Traite theorique et pratique de Droit Civil. Des personnes; con la colaboración de FOURCADE HOUQUES. 3 edit. Tomo III. Librairie de la societe du recueil Sirey et du journal du Palais. París, 1908.
- BAX, M.: "La famiglia e l'evoluzione del diritto in Belgica". Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa a cura de Valerio POCAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizioni di comunitá. Milano, 1979.
- BELTRAN DE HEREDIA, J.: La renta vitalicia. Edit. R.D.P. Madrid, 1963.
- BELTRAN DE HEREDIA y ONIS, P.: La obligación legal de alimentos entre parientes. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1958.
- BELTRAN DE HEREDIA y ONIS, P.: Comentarios al C.c. y Compilaciones Forales dirigidos por ALBALADEJO. Tomo III. Edit. R.D.P. Madrid, 1982.
- BENABENT, A.: Le Droit du Divorce; con la colaboración de LINDON, Litec. París, 1984.
- BENABENT, A.: Droit Civil. La famille. Litec (Librairie technique). París, 1982.
- BERCOVITZ, R.: "Panorama del diritto di famiglia in Spagna". Familia, diritto, mutamento sociale in Europa a cura di Valerio POCAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizioni di comunitá; con la colaboración de RODRIGUEZ CANO. Milano, 1979.
- BERTIN, Ph.: Divorce 76. Loi du 15 juillet 1975. Décret du 5 décembre 1975. Textes commentaires, tableaux, formules. Librairies techniques. París, 1976.
- BESSONE, M.: "La famiglia nel nuovo diritto". Dai principi della Costituzione alla riforma del Diritto Civile; con la colaboración de ALPA, D'ANGELO y FERRANDO. Serie di diritto/1. Zanichelli. Bolonia, 1977.

- BESSONE, M.: "Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto". Dir. Fam. e pers. 1979 (pp. 1.301-1.341).
- BESSONE, M.: "Favor matrimonii e regime del convivere en assenza di matrimonio". Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bari de 21 gennaio 1977, Dir. Fam. e per. 1979 (pp. 1.187-1.194).
- BIANCA, M.: Diritto Civile. 2. La famiglia, le successione. Giuffr  Edit. Milano, 1981.
- BLEROT, A.: La pension alimentaire au cas de divorce et de separation de corps. Comparaison-Diferences. Thèse pour le Doctorat present e et soutenue le 13 mai 1939. Imprimeur Maurice Lavergne. Paris, 1939.
- BO, G.: Il diritto degli alimenti. Vol. 1 . Seconda edizione. Giuffr  Edit. Milano, 1935.
- BOCCHINI, F.: "L'atribuzione di assegni dopo la pronunzia di divorzio". Dir. e Giur, 1981 (pp. 513-520).
- BONET CORREA, J.: "Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio regulador de la Separación matrimonial y Divorcio". A.D.C. Octub.-diciemb. 1983 (pp. 1.181-1.189).
- BONET CORREA, J.: Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina. Tomo I. Título Preliminar y Libro I. Civitas. Madrid, 1984.
- BONET RAMON, F.: Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia. Edit. R.D.P. Madrid, 1960.
- BONET RAMON, F.: Código Civil comentado. Aguilar. Madrid, 1964.
- BORRICAND, J.: Les effets du mariage après sa dissolution. Essai sur la perennit  du lien. Préface de M.P. KAYSER. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. R. Michon et R. Durand-Auzias. Paris, 1956.
- BOSCHAN: "La equiparaci n jurídica del v. l.  n y

- la mujer en el derecho matrimonial europeo". R.D.P. 1964 (pp. 605-614).
- BOSQUET-DENIS, J.: "Le remariage". Rev. Trim. Dr. Civ. 1980 (pp. 524-551).
- BOTTA, R.: Nullità, separazione e divorzio nel matrimonio religioso con effetti civili. Comentario sul Divorzio a cura de P. RESCIGNO. Milano-Dott. A. Giuffré Edit. (pp. 171-204).
- BOULANGER, J.: Traité de Droit Civil. Tome premier. Introduction générale. Les Personnes, état, famille, incapacités. Librairie de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1956.
- BOYER, I.: "La revision de la prestation compensatoire". Chron. XXXVIII. Recueil Dalloz-Sirey 1980 (pp. 263-272).
- BRONGERSMA, E.: "La nouvelle loi sur le divorce aux Pays Bas". Rev. Int. Dr. Comp. abril-junio, 1975 (pp. 395-402).
- BRUNELLI, G.: Divorzio e nullità di matrimonio negli stati d'Europa. II edizione aggiornato con la collaborazione di Giuseppe Tosatti. Milano-Dott. A. Giuffré Edit. 1950.
- BUSNELLI, F.D.: Significado actual del deber de fidelidad conyugal. Cuadernos de Derecho Comparado 2. La Reforma del Derecho de Familia. Departamento de Derecho civil II. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1978.
- BUSNELLI, F.D.: "Libertá e responsabilitá dei coniugi nella vita familiare". Riv. Dir. Civ. 1973, I (pp. 119-150).
- BYDLINSKY, F.: "La riforma della disciplina dei rapporti patrimoniali fra coniugi in Austria". Riv. Dir. Civ. 1978 (pp. 622-624).
- CADERE, U.: "Aperçu général sur le droit Roumain du mariage et des régimes matrimoniaux". Rev. Int. Dr. Comp. 1967 n° 3 (pp. 675-687).
- CALUSI, V.E.: "La revisione dell'assegno alimentare in conseguenza della svalutazione mone-

- taria". Nota a Sentencia del Tribunal de Pavía de 23 agosto 1947. Riv. Dir. Comm. 1948, II (pp. 367-372).
- CAPITANT, A.: Curso elemental de Derecho Civil. Tomo I. Introducción. Estado Civil. Domicilio y Ausencia. Anotado por DE BUEN, CASTAN TOBEÑAS y CASTAN VAZQUEZ. 4ª edición, revisada por MARIN PEREZ. Edit. Reus. Madrid, 1975.
- CAPPONI, B.: "Problemi di effettività del trattamento pensionistico in favore del coniuge divorziato". Riv. Dir. Civ. 1983, nº 5 sett.-ottob. (pp. 697-702).
- CAPOZZI: "L'assegno periodico al coniuge divorziato". Dir. e Giur. 1971.
- CARBONNIER, J.: Derecho Civil. Tomo I. Vol. 2º. Situaciones familiares y cuasi-familiares. Anotaciones de ZORRILLA RUIZ. Edit. Bosch. Barcelona, 1961.
- CARDASCIA, G.: Le statut de la femme dans les droits cuneiformes. La femme. Recueils de la Société Jean Bodin A.I. Première partie. Publie avec le concours de la fondation universitaire de Belgique. Editions de la librairie encyclopedique Bruxelles. Bruxelles, 1959.
- CAREAGA VILLALONGA, I.: La ruptura conyugal. Instituto de Estudios políticos. Madrid, 1971.
- CARRARO, L.: La vocazione leggitima alla sucesione. Cedam. Casa editrice Dott. A. Milán. Padova, 1979.
- CARRASCO MALDONADO, C.: La cuestión del Divorcio. Tesis Doctoral. Imprenta Querol. Tortosa, 1917.
- CASTAN TOBEÑAS, J.: La crisis del matrimonio (ideas y hechos). Vol. I. Hijos de Reus editores. Madrid, 1914.
- CASTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V. Derecho de Familia. Vol. 2º: Relaciones paterno-filiales y tutelares; octava edición (ampliada y modificada), con la colaboración de CASTAN VAZQUEZ. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1966.

- CASTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V. Derecho de Familia. Vol. 1º. Relaciones conyugales; octava edición (modificada y revisada) con el concurso de J. CALVILLO Y MARTINEZ DE ARENASA. Instituto Edit. Reus. S.A. Madrid, 1960.
- CASTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V. Derecho de Familia. Vol. 1º. Relaciones conyugales. Décima edición revisada y puesta al día por G. GARCIA CANTERO y J. CASTAN VAZQUEZ. Reus. S.A. Madrid, 1983.
- CASTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo III. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general. Decimo tercera edición revisada y puesta al día por G. GARCIA CANTERO. Reus. S.A. Madrid, 1983.
- CASTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I. Introducción y Parte General. Vol. 2º. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos. Decimocuarta edición revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus. S.A. Madrid, 1984.
- CASTRO Y BRABO, F.: Derecho Civil de España. Parte General. Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Instituto de Estudios Políticos. 2ª edición. Madrid, 1949.
- CAVERO LATAILLADE, I.: Discurso pronunciado por el Ministro de Justicia, Sr. Caveró Lataillade, el día 10 de junio 1980 ante la Comisión de Justicia del Congreso, para presentar el Proyecto de Ley por el que se reforma el Título IV del Libro I C.c. relativo al matrimonio, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. D.J. Monográfico, dedicado a la Reforma española del Derecho de Familia de 1981. Vol. 2º. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentación y Publicaciones, nº 33 a 36. Enero-diciembre. Madrid, 1981.

- CECCHETTI, R.: "Assegno al coniuge divorziato e comunione dei beni". For. it. 1976, C.I., pp. 28 ss.
- CIALDINI, C.: Le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del matrimonio. Teoria e pratica del diritto. Giuffr  edit. Milano, 1981.
- CIGOLI, U: Separazione, divorzio e affidamento dei figli. Tecniche e criteri della perizia e del trattamento. Giuffr  Edit. Varese, 1983.
- CIPRIANI, F.: "Sulla connessione tra divorzio e assegno". Giur. it. 1974 (pp. 61-70).
- CICU, A.: "La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti". Riv. Dir. Civ. 1910 (pp. 145-194).
- COCCIA, F.: Le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del matrimonio. Teoria e pratica del diritto. Giuffr  Edit. Milano, 1981.
- COLELLA: "Note in tema di corresponsione dell'assegno periodico al coniuge divorziato successivamente alla sentenza di divorzio". Dir. e Giur. 1974.
- COLIN, A.: Curso elemental de Derecho Civil. Tomo I. Introducción. Estado Civil. Domicilio y Ausencia. Anotado por DE BUEN, CASTAN TOBE NAS y CASTAN VAZQUEZ, 4  edición revisada por MARIN PEREZ. Edit. Reus. Madrid, 1975.
- COMAILLE, J.: "Per una ricerca sociologica su diritto di famiglia in Francia". Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa, a cura di Valerio POCAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizioni di Comunit . Milano, 1979.
- CONFERENCIA DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA. Viena, 19-22 setiembre 1977. Conclusiones de la Conferencia. Strasbourg, 1977.
- CONSEIL DE L'EUROPE: Comité d'experts sur le droit relatif aux enfants. Comité d'experts sur le droit relatif aux epoux. Paiement anticipé par l'Etat ou d'autres organes pu-

blics des pensions alimentaires. Rapport préparé par M. Torben SVENNE SCHMIDT. Institut de Droit Prive. Université de Aarhus, Danemark. Strasbourg, 5 décembre, 1979.

- CONSEIL DE L'EUROPE: Comité d'experts sur le droit relatif aux époux. Rapport de Reunion; de la quatrième réunion du Comité d'experts sur le Droit relatif aux époux (Strasbourg, 20 à 24 octobre 1980). Note du Secrétariat Général préparée par la direction des Affaires Juridiques.
- CONSTANTINESCO, L.: "Le principe de la causalité en matière de pension alimentaire après divorce". Rev. Trim. Dr. Civ. 1965 (pp. 761-777).
- CORBET, P.E.: The Roman Law of marriage. Second reprint of the edition Oxford, 1930. Scientia Verlag aalem. Germany. 1979.
- CORPUS IURIS CIVILIS III. Novellae. Recognovit Rudolfus SCHOELL opus SCHOELLII (absolvit: Quillemus Krole). Weidmanns. Dublin/Zurich, 1968.
- COSTES, M.: "Du droit pour la femme d'obtenir de son mari la rémunération de son travail personnel". Rev. Trim. Dr. Civ. 1939 (pp. 947-963).
- CHAPELLE, A.: "Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale". Rev. Trim. Dr. Civ. n° 3 juillet-septemb. 1984 (pp. 412-437).
- CHOAIN: Le Divorce et la séparations de corps. La pratique récente. L'information juridique. Editions di Vecchi. Paris, 1979.
- D'ANGELO, A.: "La famiglia nel nuovo diritto". Dai principi della Costituzione alla riforma del Codice Civile. Serie diritto/1. Zanichelli. Bologna, 1977.
- DABIN, J.: "Le système de la pension alimentaire après divorce". Rev. Trim. Dr. Civ. 1939 (pp. 885-945).
- DAGNINO, A.: "Appunti sull'assegno pensionario in favore del coniuge divorziato". Dir. Fam. e pers. 1974 (pp. 179-182).

- DALL'ONGARO, F.: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Roma de 25 gennaio 1977, Dir. Fam. e pers. 1977 (pp. 654-658).
- DALLOZ: Encyclopedie juridique. Repertoire de Droit Civil. Tome II. D-1 (Divorce). Jurisprudence Générale. Dalloz. Paris, 1952, pp. 210 ss.
- DAN ZLATESCU, V.: "Evoluzione e prospettiva del diritto di famiglia in Romania". Familia, diritto, mutamento sociale in Europa a cura di Valerio POCAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizione di Comunità. Milano, 1979.
- DE ALBA Y OSUNA, A.: Información y Crónica. A.J. 1981, VIII (pp. 85-91).
- DE COSSIO, A.: Instituciones de Derecho civil. 2. Alianza Universidad. Madrid, 1975.
- DE CAMPOS SALCEDO, J.L.: ¿Casados? ¿Divorciados?. Notas aclaraciones y Comentarios a la legislación vigente. Instituto Edit. Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones (S.A.). Madrid, 1940.
- DE LA CAMARA, M.: "La separación de hecho y la sociedad de gananciales". A.D.C. Enero-junio, 1969.
- DE LA CAMARA, M.: "Ante la reforma del Derecho de Familia". R.D.N. 1978 (pp. 101-138).
- DE LEON ARCE, A.: Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: El régimen de Participación. Prólogo de E. SERRANO ALONSO. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 1984.
- DE LOS MOZOS, J.L.: "Despenalización del adulterio". Cuadernos de Derecho Comparado 2. La Reforma del Derecho de Familia. Departamento de Derecho Civil II. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1978.
- DECRET n° 77-1.237 du 9 novembre 1977 fixant les conditions d'application au regime d'assurance vieillesse des travailleurs non salariés des professions agricoles des dispositions de l'article 11 de la Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réfor-

me du divorce. Leg. Recueil Dalloz-Sirey 1977, p. 466.

- DECRET n° 77-1.238 du 9 novembre 1977 portant application du décret n° 76-152 du 6 février 1976 relatif aux pensions de réversion des salaires agricoles en cas de divorce pour rupture de la vie commune. Leg. Recueil Dalloz Sirey 1977 (pp. 466-467).
- DEL ARCO TORRES, M.A.: Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico (Teoría, Praxis judicial y Formularios). Edit. Comares. Granada, 1985.
- DEL PASQUA, G.: "Diritti pensionistici e successori del coniuge divorziato". Giur. Mer 1980 (pp. 258-263).
- DELGADO IRIBARREN, F.: El Divorcio. Ley 2 marzo 1932. 1ª edición. Edit. R.D.P. Madrid, 1932.
- DENIS, P.: "Les conséquences du divorce dans le droit de la sécurité belge". Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII journées d'études juridiques J. DABIN organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976. Préface de F. RIGAUX. Etablissements E. Bruylant. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain. Paris, 1978.
- DESCAMPS: Le divorce et la séparations de corps. La pratique récente. L'information juridique. Editions di Vecchi. Paris, 1979.
- DI LALLA, L.: "Natura giuridica dell'assegno in favore del coniuge divorziando e sui rapporti col giudizio civile di alimenti". For. it. 1971, C.I., p. 1.717.
- DI LORENZO, E.: "Ancora in tema di assegno periodico al coniuge divorziato". Dir. e Giur. 1973 (pp. 389-394).
- DI MAJO, A.: "Doveri di contribuzione e régime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi. Riv. Dir. e Proc. C. 1981. Giugno, n° 2 (pp. 349-387).

- DIEZ PICAZO, L.: Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia y Sucesiones. Edit. Tecnos. Madrid, 1982.
- DIEZ PICAZO, L.: "El negocio jurídico del Derecho de Familia". Estudios de Derecho Privado. Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1980.
- D'OLHABERRIAGUE, J.I.: Guía práctica y Comentarios a la Ley del Divorcio. Anjana Ediciones. Madrid, 1981.
- DOGLIOTTI, M.: "Il regime patrimoniale della famiglia". Riv. Dir. Civ. (marzo-aprile) 1984 (pp. 198-210).
- DUPONT DELESTRAINT, P.: Droit Civil. Contrat de mariage et regimes matrimoniaux, sucesions, liberalités. Cinquième edition. Dalloz, 1977.
- DUPUY, J.: Les conflits conjugaux devant la justice. Divorce et separation de corps. Librairie du recueil Sirey. París, 1943.
- DUVAL: Travaux de l'Assotiation H. CAPITANT pour la culture juridique française. Publication honoree d'une subvention du Centre National de la Recherche Scientifique. Siege de l'Assotiation. Faculte de Droit, 12. Librairie Dalloz. París, 1957.
- EBENE-COBELLI, C.: "Diritto matrimoniale spagnolo". Riv. Dir. Civ. 1982, pp. 48 ss.
- EBENE-COBELLI, C.: "Note sul Divorzio in Francia, germania, Inghilterra". Commentario sul Divorzio, a cura di Pietro Rescigno. Dott. Giuffrè Edit. Milano, 1980 (pp. 631-662).
- EMINESCU, Y.: Les Codes Civils des Pays socialistes. Etude Comparative. Préface de Denis TALLON. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1980.
- ESMEIN: "Le double visage et les singularites de la pension après divorce". Chron XIII. Recueil Dalloz-Sirey, 1953.
- ESPIN CANOVAS, D.: Derecho civil español. Vol. IV. Familia. Edit. R. U. Editorial de Derecho Financiero. Madrid, 1981.

- ESTRADA ALONSO, E.: Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español. Tesis. Oviedo, febrero, 1985.
- FALZEA, A.: "Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia". Riv. Dir. Civ. 1977, I (pp. 609-637).
- FAUS ESTEVE, R.: "La separación de hecho en el matrimonio". A.A.M.N. 1946, Tomo II. parte I.
- FEDELE, P.: "Vedovanza e seconde nozze". Il matrimonio nella società altomedievale. Settimane di studio del centro di Studi sull'alto medioevo. 22-28 aprile 1976. Tomo II. In Spoleto 1977, presso la sede del centro.
- FENECH, M.: "Las cláusulas estabilizadoras en la Jurisprudencia española y francesa". Rev. Inst. de Der. Comp. 1954. pp. 141 ss.
- FERNANDEZ CLARIGO, L.: El derecho de Familia en la legislación comparada. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1947.
- FERNANDEZ ORDOÑEZ, F.: Discurso pronunciado por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia D. Francisco Fernández Ordóñez ante el Pleno del Congreso de los Diputados el día 17 de marzo 1981 en defensa del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el C.c. y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. D.J. Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981. Vol. II. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentación y Publicaciones. Números 33 a 36 enero-diciembre, Madrid, 1982.
- FERRANDO, G.: "La famiglia nel nuovo diritto". Dai principi della Costituzione alla riforma del Codice civile. Serie diritto/1. Zanichelli. Bologna, 1977.
- FERRANDO, G.: "Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto". Dir. Fam. e pers. 1979 (pp. 1.301-1.341); con la colaboración de JESS...

- FLEIG, W.: "La Riforma della legislazione su divorzio nella Repubblica Federale di Germania". Riv. Dir. Civ. 1972, II (pp. 624-639).
- FOKKEMA, D.G.: "Evolution des structures juridiques de la famille aux Pays Bas", en Mariage, et famille en question (Suisse-Autriche-Belgique-Pays Bas), sous la direction de Roger NERSON et H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF. Centre National de la Recherche Scientifique. Centre Regional de Publication. Lyon. Institut de Droit Comparé de l'Université Jean Moulin (Lyon III). Edition du C.N.R.S. Lyon, 1980.
- FONCILLAS, J.M.: "La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos". R.C.D.I. 1932 (pp. 428-441).
- FOSAR BENLLOCH, E.: Estudios de Derecho de Familia. Tomo I: La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia. Tomo II: La separación y el divorcio en el Derecho español vigente. Vol. 1º y 2º. Bosch, Casa editorial, S. A. Barcelona, 1982.
- FOURCADE HOUQUES, M.: Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des personnes. 3ª édition. Tomo III. Librairie de la société du recueil J.B. Sirey et du journal du Palais. París, 1908.
- FRANCESCHELLI, V.: La separazione di fatto. Università degli studi di Milano. Facoltà di giurisprudenza. Milano. Dott.-A. Giuffrè Edit. Milano, 1978.
- FRANSEN, G.: "La rupture du mariage". Il matrimonio nella società altomedievale. Settimanali di studio del centro di Studi sull'alto medioevo. 22-28 aprile 1976. Tomo secondo. Spoleto 1977.
- FRIDIEFF, M.: "Le mariage et le divorce d'après la législation actuelle de l'U.R.S.S.". Rev. Int. Dr. Comp. 1950 n° 2 (pp. 347-355).
- FRIDIEFF, M.: "Le Jurisprudence du Tribunal Suprême de l'U.R.S.S. dans les affaires concernant le mariage et le divorce". Rev. Int. Dr. Comp. 1954 n° 1 (pp. 66-74).

- FURKEL, F.: "La clause de dureté est-elle un mal nécessaire?. Chron. X. Recueil Dalloz-Sirey 1977 (pp. 83-90).
- GABRIELLI, F.: "La collaborazione familiare nell'esercizio di attività professionali". Riv. Dir. Cir. n° 5 settemb.-ottobr. 1979 (pp. 585-596).
- GAUDEFROY-DEMONBYNES, R.: "Le mariage et le divorce au Danemark". Rev. Int. Dr. Comp. 1952 n° 3 (pp. 461-478).
- GAZZONI, F.: Dal Concubinato a la famiglia di fatto. Giuffrè Edit. Milano, 1983.
- GARCIA CANTERO, G.: Comentarios al C.c. y Compilaciones Forales. Tomo II (arts. 42-107) dirigidos por M. ALBALADEJO. Edit. R.D.P. Madrid, 1982.
- GARCIA CANTERO, G.: Matrimonio y Divorcio hoy en España. Divorcio. Edit. Eunsa. Pamplona, 1977.
- CARCIA CANTERO, G.: El concubinato en el Derecho civil francés. Consejo Superior de investigaciones científicas. Madrid, 1966.
- GARCIA CANTERO, G.: "Divorcio e igualdad, contradicciones del Proyecto de Ley". "YA" 15 mayo 1980.
- GARCIA GALLO, A.: Estudios de Historia del Derecho Privado. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1982.
- GARCIA GARRIDO, M.J.: El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I) La tradición Romanística. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Barcelona, 1982.
- GARCIA UCEDO: Ley de 2 marzo 1932. Nuestro Divorcio. Estudios sobre el Divorcio en España. Biblioteca jurídica práctica. Madrid, 1982.
- GARCIA VARELA, R.: La ley de Divorcio. Experiencias de su aplicación. Colex. Madrid, 1984.
- GARLATTI, C.: "Pensione di reversibilità e assegno alimentare al coniuge divorziato". Riv. Dir. Civ. n° 5, 1982 (pp. 600-615)

- GIESEN, D.: "Las notions de mariage et de famille dans la loi fondamentale". Mariage et Famille en question. (Allemagne). L'évolution contemporaine au droit allemand. Centre National de la Recherche Scientifique. Centre National de publication. Lyon; sous la direction de H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF. Institut de Droit Comparé de l'Université Jean Moulin (Lyon III), Editions de C.N.R.S. Lyon, 1980.
- GIRARD, P.F.: Textes du Droit Romain. Sixième édition entièrement revue et augmentée, par Félix SENN. Rousseau et Cie éditeurs. Paris, 1937.
- GITRAMA GONZALEZ, M.: "Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada". Homenaje al Profesor BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1984 (pp. 209-247).
- GLENDON, A.: "La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du droit aux Etats Unis". Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII journées d'études juridiques Jean BABIN organisées par la Centre de Droit de la famille les 25 et 26 mars 1976. Préface de F. RIGAUX. Etablissements E. Bruylant. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain. Paris, 1978.
- GOMEZ I SINDE, A.: Todo sobre el Divorcio. Editorial de Vecchi. S. A. Barcelona, 1983.
- GRANELLI, C.: "Sulla variabilità dell'assegno al coniuge divorziato". Riv. Dir. Civ. 1976, I (pp. 129-191).
- GRANELLI, C.: "Assegno al coniuge divorziato e secundae nuptiae del beneficiario". Riv. Dir. e Proc. Civ., 1976 (pp. 21-54).
- GRASSERIE, R.: Principios sociológicos del Derecho Civil. Traducción española con notas de J. Pereira y Eleta. Hijos de Reus editores. Madrid, 1908.

- GRASSI, L.: La legge sul divorzio. Manuale di diritto sostanziale e procesuale. Casa editrice. Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1971.
- GRAZIADEI, E.: Divorzio. Enciclopedia del Diritto. XIII. Giuffrè editore 1964.
- GRISOLI, A.: La sociedad de un solo socio. Edit. R.D. P. Editoriales de Derecho Reunidas. Jaen, 1976.
- GROSLIERE, J.C.: La Reforme du divorce. Loi du 21 juillet 1975 et Décret d'application du 5 decembre 1975. Editions Sirey. Toulouse, 1976.
- GROSLIERE, J.C.: "La nueva regulación francesa del Divorcio". Cuadernos de Derecho comparado 2. La Reforma del Derecho de Familia. Departamento de Derecho Civil II. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1978.
- GONZALEZ POVEDA, P.: La Ley de Divorcio. Experiencias de su aplicación. Colex. Madrid, 1984.
- GOURDON, C.: La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute. Préface de J. CARBONNIER. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1963.
- GUIMBELLOT: La Convention definitive de divorce peut elle donner lieu a une action de rescision pour lesion. Chron. Recueil D.S. 1981, pp. 277 ss.
- GUIITON, D.: "Les dommages-interêts en reparation d'un prejudice resultant du divorce". Chron, XXXV. Recueil D.S. 1980 (pp. 237-246).
- GULLON BALLESTEROS, A.: Sistema de Derecho civil. Vol. IV: Derecho de Familia y Sucesiones. Edit. Tecnos. Madrid, 1982.
- HAGEN, J.: "Mutamento sociale e riforma del diritto de famiglia en Austria". Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa, a cura de Valerio POCAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizione di Comunità. Milano, 1979.
- HARBOE, E.: "Considerazione sul diritto di famiglia

norvegese". Familia, diritto, mutamento sociale in Europa a cura de Valerio PO-CAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizioni di Comunità. Milano, 1979.

HERNANDEZ GIL, A.: Derecho de Obligaciones. Edit. Ceura (Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces). Madrid, 1983.

HERNANDEZ IBAÑEZ, C.: La separación de hecho matrimonial. Edit. R.D.P. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1982.

HEPTING, R.: "Les effets generaux du mariage". Mariage et Famille en question (L'evolution contemporaine du droit allemand); sous la direction de H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF. Centre National de la Recherche Scientifique. Centre regional de publication: Lyon, Institut de Droit comparé de l'Université Jean Moulin (Lyon III) Lyon, 1980.

HOLZAUER, H.: "Le Divorce et se consequences". Mariage et Famille en question (l'evolution contemporaine du droit allemand); sous la direction de H.A., SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF. Centre national de la Recherche Scientifique. Centre regional de Publication: Lyon. Institut de Droit comparé de l'Université Jean Moulin (Lyon III). Lyon, 1980.

IBARROLA, A.: Derecho de Familia. Edit. Argentina. México, 1978.

ISLE: (Istituto per la documentazione e gli studi legislativi). Aspetti della riforma del diritto di famiglia. Dott. A. Giuffrè Edit. Milano, 1968.

JANARELLI, A.: "L'allontanamento dalla residenza familiare ed i rapporti patrimoniali tra coniugi". For, it. 1980, p. 1.135.

JEANMART, N.: "Le travail de l'epoux au regard de l'assurance-maladie et de la pension de survie" con la colaboración de CLOTUCHE. Famille, Droit et changement dans les sociétés contemporaines. Travaux des VII^{es} journées d'etudes juridiques Jean Robin organisées par le Centre de Droit

de la Famille les 25 et 26 de mars 1976, Préface de F. RIGAUX. Etablissements E. Bruylant. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de la Faculté de Droit de la Université Catholique de Louvain. Paris, 1978.

- JODLOWSKI, J.: "Le nouveau droit de la famille en Pologne". Rev. Int. Dr. Comp. 1949 n° 1 y 2 (pp. 67-94).
- JURIS CLASSEUR CIVIL, Art. 229-387. Editions techniques S.A. Paris.
- KANGAS, U.: "Le ricerche nel campo del diritti de famiglia e le riforme legislative in Finlandia negli anni settanta" con la colaboración de AARNIO. Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa a cura de Valerio POCAR y Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizioni di Comunità. Milano, 1979.
- KETTNER-DE WIJN: "Il diritto de famiglia nei Paessi Bassi: Mutamento nel l'opinione pubblica e nella legislazione". Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa, a cura di Valerio POCAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna. Edizioni di Comunità. Milano, 1979.
- KIEFE, S.: "Une nouvelle loi sur le divorce en Angleterre". Rev. Int. Dr. Comp. 1969 n° 4 (pp. 799-802).
- KIPP, T.: Derecho de Familia. Traducción de la 20ª edición alemana (sexta revisión) Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PEREZ GONZALEZ y José CASTAN TOBEÑAS, Vol. I. el matrimonio. 2ª edición. Edit. Bosch. Barcelona, 1979.
- LA LAGUNA DOMINGUEZ, E.: "El art. 51 C.c. después de la Reforma de 24 abril 1958". A.D.C. 1963.
- LA LAGUNA DOMINGUEZ, E.: "El vínculo matrimonial en la legislación española actual". D.J. Monográfico dedicado a la Reforma española del Derecho de Familia de 1981. Vol. I. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de documentación y publicaciones; números 33 a 36. Enero-diciembre 1982. Madrid, 1982.

- LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Comentarios al art. 68 C.c.". Comentarios al nuevo Título IV del Libro I.C.c. Edit. Civitas. Madrid, 1982.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: Elementos de Derecho civil. Derecho de familia (conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio 1981) con la colaboración de SANCHO REBULLIDA. Edit. Bosch. Barcelona, 1982.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: "El nuevo contractualismo en el Derecho familiar". Revista jurídica española "LA LEY" 1982 nº 3, pp. 727 ss.
- LARA PEINADO, F.: Código de Hammurabi. Editora Nacional. Clásicos para una biblioteca contemporánea. Madrid, 1982.
- LARBOUST, B.: Des Conventions entre epoux relatives au divorce et á la separation de corps. These. imprimerie Saint Cyprien. Toulouse, 1925.
- LAROQUE, P.: "Droits de la femme et pensions de veuve". Rev. Int. du travail, nº 1, juillet 1972.
- LAS CASES, E.: "Essai de definitions de la concubine". Conditions de l'épouse et de la concubine dans la legislation française. Préface de G. PERNOT. Editions du recueil Sirey. Imprimerie P. et O. Lussaud freres. París, 1956.
- LASARTE ALVAREZ, C.: "Comentario de los arts. 97 a 101 C.c.". Comentarios al nuevo Título IV del Libro I C.c. coordinados por LACRUZ BERDEJO. Editorial Civitas. Madrid, 1982.
- LEON ALONSO, J.: Lecciones de Derecho civil. El matrimonio. Facultad de Derecho. Sevilla, 1982.
- LEY DE DIVORCIO de 2 marzo 1932. Biblioteca legislativa de la Administración práctica. Edit. "La casa de los secretarios" de Bayer Hnos. y Cía.
- LEYES LABORALES y de la Seguridad Social. Tomo II. 3ª edición. Madrid, 1981.
- LIBMANN, J.: Le nouveau divorce. Deuxieme édition revue et corrigée. Collection orientations/via. Casterman, 1976.

- LINDON, R.: Divorce 76. Loi du 15 juillet 1975. Décret du 5 décembre 1975. Textes, commentaires, tableaux; formules. Librairies techniques. Paris, 1976.
- LINDON, R.: Le Droit du Divorce. Litec. Paris, 1984.
- LISERRE, A.: "Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato". Riv. Dir. e Proc. Civ. 1975. Giugno (pp. 474-495).
- LOCAJONO, V.: La potestà del marito nei rapporti personali tra coniugi. Milano Dott. A. Giuffrè edit. Milano, 1963.
- LOPEZ ALARCON, M.: "El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio. Edit. Tecnos S.A. Madrid, 1983.
- LOPEZ ALARCON, M.: "La separación judicial por cese de la convivencia y su conexión con el divorcio". Revista jurídica "LA LEY" 1982 nº 1, p. 772.
- LOPEZ ALARCON, M.: "La separación judicial por culpa y su conexión con el divorcio". Revista jurídica española "LA LEY" 1982 nº 1, pp. 805 ss.
- LOPEZ ALARCON, M.: "La separación personal de los cónyuges como presupuesto del divorcio: Cuestiones generales. Revista jurídica española "LA LEY" 1982, nº 2, pp. 832 ss.
- LOPEZ ALARCON, M.: "Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares". Revista jurídica "LA LEY" 1982, nº 2, pp. 909 ss.
- LOPEZ ALARCON, M.: "La separación personal de los cónyuges como presupuesto del divorcio". Revista jurídica española "LA LEY" 1982, nº 4.
- LOPEZ Y LOPEZ: Lecciones de Derecho civil. El matrimonio. Facultad de Derecho. Sevilla, 1982.
- LOPEZ MUÑIZ GOÑI, M.: La Ley de Divorcio. Experiencias de su aplicación. Colex. Madrid, 1984.
- LOPEZ SANCHEZ, M.A.: "La empresa mercantil y la sociedad de Gananciales tras la Ley de 13-5-1981". R.J.C. nº 3, 1983 (pp. 51-87).

- LORCA NAVARRETE, A.M.: El Divorcio. Causas y Procedimientos. Estudios jurídicos. Ediciones Vascas argitaletxea. Impreso en Itxaropena, S.A. San Sebastián, 1981.
- LORENTE BARRAGAN, M.C.: "La idea de la culpabilidad en la nueva regulación de la separación y el Divorcio en el C.c.". Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia. Imprenta Sevillana, 1982.
- LUNA SERRANO, A.: "Matrimonio y Divorcio". El nuevo Régimen de la Familia. Edit. Civitas. Madrid, 1982.
- MAIDMENT, S.: "Gli sviluppi del diritto de famiglia in Gran Bretagna tra el 1966 e 1978". Familia, diritto, mutamento sociale in Europa a cura di Valerio POCAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizioni di Comunitá. Milano, 1979.
- MANRESA, J.: Comentarios al C.c. español. Tomo I. Reus. Madrid, 1956.
- MARINI, A.: "Sull'assegno vitalizio al coniuge separato". Riv. Dir. civ. 1977, parte II (pp. 229-230).
- MARTIN GANCEDO, A.: "Algunos problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales como fórmula notarial de encausar jurídicamente la separación de hecho, a la vista de la nueva Reforma del C.c. de 13 mayo 1981". Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia. Imprenta Sevillana. Sevilla, 1982.
- MARTIN RETORTILLO, C.: La lucha contra el fraude Civil (La acción Pauliana). Bosch, Casa edit. Barcelona, 1943.
- MARTY, G.: Droit Civil. Les personnes. P. Raynaud. 3^e édition. Editions Sirey. París, 1976.
- MAS, G.: "Droits comparés de la concubine et de l'epouse en matière de pensions". Conditions de l'epouse et de la concubine dans la législation française. préface de G. FERROT. Editions du recueil Sirey. Paris, 1956.

- MASCARELL NAVARRO, M.J.: "Nulidad, Separación y Divorcio. Edit. Montecorvo. Madrid, 1985.
- MASSIP, J.: La Reforme du divorce. Préface de J. CARBONNIER. Répertoire du notariat Defrénois. Paris, 1976.
- MASSIP, J.: Note a Sentencia de 16 febrero 1979. 1ª ch. Civil. Jurisprudencia. Recueil D.S. 1979 (pp. 590-595).
- MASSIP, J.: "Le divorce pour separation de fait et la pratique des Tribunaux. Chron. XVII. Recueil D.S. 1978 (pp. 81-86).
- MAZEAUD, H.L. y J.: Leçons de Droit civil. Tome premier (sixieme edition) par M. de JUGLART. Troisieme Volume: Les personnes: Mariage, filiation, incapacites divorce et separation de corps. Editions Montchrestien. Paris, 1976.
- MAZZINGHI, J.A.: Derecho de Familia. Tomo I. El matrimonio como acto jurídico. Con la colaboración de Marta Loredó. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1971.
- MERMILLOD, L.: "De la distinction entre l'epoux coupable et l'epoux innocent en matière de divorce". Rev. Trim. Dr. Civ. 1954 (pp. 571-590).
- MIRAT, J.: L'obligation alimentaire entre epoux en cas de divorce (article 301 du Code Civil). Librairie Picart. Paris, 1930.
- METZ, R.: Matrimonio y Divorcio. Ediciones Sígueme. Traducido por A. ORTIZ, Título original: le lien matrimonial. Salamanca, 1974.
- MEULDERS-KLEIM, M.T.: Rapport général de synthèse. Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VII Journées d'etudes juridiques J. Dabin organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976. Etablissements E. Bruylant. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia. Paris, 1978.
- MOISSEF... ANES, L.: Inflación y actualización notaria; con la colaboración de PIZARRO

- Y VALLESPINOS. Edit. Universidad. Buenos Aires, 1981.
- MOISSINAC, P.: Le contrat de mariage, de separation de biens. Ouvrage couronné par la Faculté de Droit de París. Préface de M. CAPI-TANT, 2^a edition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1924.
- MOLES CAUBET, J.M.: Problemas matrimoniales. Introducción a su estudio. Edit. Ariel. Barcelona, 1977.
- MONOGRAFIAS JURISPRUDENCIALES, Medidas provisionales en la crisis matrimoniales. IV. Pensión de alimentos. Revista jurídica española "LA LEY" 1981 n^o 2, p. 841.
- MONSAILLER, B.: "Le Divorce pour rupture de vie commune". Rev. Trim. Dr. Civ. 1980.
- MOUREAUX, R.: Les conflits conjugaux devant la justice. Divorce et separation de corps; con la colaboración de DUPUY. Librairie du recueil Sirey. París, 1943.
- MUSACHIA, G.: "La legge sul divorzio". Rasegna di Giurisprudenza. Dir. Fam. e pers. 1974.
- NAVARRO GONZALEZ, A.M.: "La pensión del art. 97". Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza. Octubre, 1982.
- NERSON, R.: Jurisprudence française en matière de Droit Civil. A) Personnes et droits de famille. Rev. Trim. Dr. Civ. 1983. Julio-sept. n^o 3.
- NICOLETTI, C.A.: "Natura del fallimento e gestione fallimentare". Riv. Dir. Civ. 1975 n^o 3 maggio-Giugno (pp. 235-247).
- NICOLINI CANIATO, P.: "Ammissibilità delle clausole di indicizzazione dell'assegno di divorzio". Dir. Fam. e pers. 1983. Julio-septiembre (pp. 755-764).
- NUÑEZ LAGOS, R.: El enriquecimiento sin causa en el Derecho español. Prólogo de J. CASTAN TO-BEÑAS. Edit. Reus, S.A. Madrid, 1934.
- O'CALLAGHAN MUNOZ, J.: Compendio de Derecho Civil. Edit. Edersa. Madrid, 1983.

- OGAYAR Y AYLON, T.: Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce. Edit. Reus, S.A. Madrid, 1971.
- OLIS ROBLEDA, S.J.: El matrimonio en el Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Universidad Gregoriana editrice. Roma, 1970.
- ONECHA SANTAMARIA, C.: El valor de la culpabilidad en el divorcio. Boletín de información. Ministerio de Justicia. Madrid, 25 mayo, 1982.
- PALLADINO, A. y V.: Il Divorzio. Commento teorico-pratico alla legge sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio. Legge 1 dicembre 1970 n° 898: Seconda edizione. Giuffrè Edit. Milano, 1975.
- PARA MARTIN, A.: Divorcio, separación y declaración de nulidad. La crisis matrimonial ante el derecho. Biblioteca Humanitas. Serie el saber. Barcelona, 1983.
- PATARIN, J.: Le regime matrimonial legal dans les legislations contemporaines. 2^a edition entièrement renouvelé et dirigée par PATARIN Y ZATJAY. Travaux et recherches de l'institut de Droit Comparé. Editions A. Pedone. París, 1974.
- PATURET, G.: La condition juridique de la femme dans l'ancienne egypte; avec une lettre a l'auteur par M. REVILLOUT. Ernest Lerroux. Editeur. París, 1886.
- PAU, G.: Divorzio (Diritto Internazionale privato e processuale) Nss. Diq. it. (DIS-IMPO) (pp. 62-118).
- PAULOT, R.: Les relations patrimoniales des epoux pendant l'instance en divorce en separation de biens ou de corps. These. Les presses universitaires de France. París, 1932.
- PEREIRA COELHO, F.M.: "La riforma del Codice civile e il nuovo modello de famiglia in Portogallo". Familia, diritto, mutamento sociale in Europa, a cura de Valerio POCAR y Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizione di comunitá. Milano, 1979.

- PERENIC, A.: "Riflessi sulla riforma del diritto di famiglia in Jugoslavia". Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa, a cura di Valerio POCAR e Paola RONFANI, Diritto e cultura moderna 19. Edizioni di comunità. Milano, 1979.
- PERILLO, E.: "Riflessi patrimoniali del divorzio" (1ª parte). Rassegna de Giurisprudenza. Riv. Dir. Civ. 1979. n° 5 sett.-ott. (pp. 321-571).
- PERILLO, E.: "Riflessi patrimoniali del divorzio" (2ª parte). Rassegna de Giurisprudenza. Riv. Dir. Civ. 1979 n° 6 Novemb.-dicemb. (pp. 651-673).
- PERLINGIERE, P.: Ley 1 dicembre 1970 n° 898. Sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio. Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro primo (art. 1-455) UTET. Codici e leggi annotati. Torino, 1981.
- PERRIN, G.: "Physionomie et tendances des regime de pensions dans les pays industrialisés". Rev. Belg. de Sec. Soc. 1975, avril n° 4 (pp. 328-373).
- PETTITI, L.: "Le concubin dans le Droit Civil". Conditions de l'epouse et de la concubine dans la legislation française. Préface de G. PERNOT. Editions du recueil Sirey. Paris, 1956.
- PEYRAND: Le conjoint survivant. Etude critique de sa situation patrimonial. These. Lyon, 1975.
- PINO, A.: Il diritto di famiglia (Appunti). Cedam. Casa editrice Dott. A. Milani. Padova, 1975.
- PIÑAR LOPEZ, B.: "La prestación alimenticia en nuestro Derecho Civil". R.G.L.J., 1955 (pp. 7-36).
- PIRENNE, J.: "L'etatut de la femme dans l'ancienne egypte". La femme. Recueils de la Société Jean Bodin XI. Première parte. Publié avec le concours de la faculté universitaire de Belgique. Editions de la librairie encyclopedique Bruxelles. Bruxelles, 1959.

- PIRENNE, J.: Historia de la Civilización del antiguo Egipto.
- I. Preámbulo.
 - II. Segundo ciclo: De la caída del Imperio antiguo al fin del Imperio nuevo (2200-1085 a. de C.).
 - III. Tercer ciclo: De la XXI dinastía de los Ptolomeos (1085-30 a. de C.).
- Con la colaboración artística de Arpag. Mekhitarian. Editorial éxito. S.A. Barcelona, 1964.
- PIZARRO, R.D.: Inflación y actualización monetaria; con la colaboración de MOISSET DE ESPANES y VALLESPINOS. Edit. Universidad. Buenos Aires, 1981.
- PLUTARQUE (vies). Tome I. Thésée Romulus-Licurque-Numa. Vie de Romulus. Texte établie et traduit par R. FLACELIERF, E. CHAMBRY et M. JUNEAUX. Deuxième tirage revu et corrigé. Societé d'editions "les belles lettres". París, 1964.
- FOGGI, E.M.: "Sulla determinazione dell'assegno in sede di divorzio e sulla resarcibilitá dei danni non patrimoniali". Nota a sentenza del Tribunal de Roma 15 Giugno 1972. Dir. Fam. e pers. 1973 (pp. 440-453).
- POISSON, E.: "Le changement de régime matrimonial". Rev. Trim. Dr. Civ. 1969 (pp. 469-507).
- PONS GONZALEZ, M.: Separacion, divorcio y nulidad del matrimonio: régimen jurídico (Teoría, Praxis judicial y Formularios). Edit. Comares. Granada, 1985.
- POPESCU, T.R.: "Aspectos actuales de la reglamentación del divorcio en Rumania A.D.C. (enero-junio) 1970 (pp. 153-164).
- POPESCU, T.R.: Les Codes Civils des Pays socialistes. Etude comparative. Préface de Denis TALLON. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1980.
- POUSSON PETIT, J.: Le demariage en Droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence du nullite du mariage. di divorce et de se-

- paration de corps, dans les systemes europeens. Préfaces de F. RIGAUX et R. NERSON. Editeurs Maison F. Larcier S.A. Bruxelles, 1981.
- PRADER, G.: Il matrimonio nel mondo. Celebrazione nullità e scioglimento del vincolo, con Prefazione del Prof. A. TRABUCCHI e Introduzione del Prof. M. FERID Cedam. Casa editrice Dott. A. Milani. Padova, 1970.
- PUIG BRUTAU, J.: Fundamento de Derecho Civil. Tomo IV. Vol. I. El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes. Edit. Bosch. Barcelona, 1967.
- PUIG PEÑA, F.: Tratado de Derecho Civil español. Tomo II. Vol. 1º. Derecho de Familia. Edit. R.D.P. Madrid, 1953.
- PUNZI NICOLO, A.: "Il Divorzio e i rapporti fra coniugi". Riv. Dir. Civ. 1972 (2ª parte).
- PUNZI NICOLO, A.: "Il Divorzio e i rapporti fra coniugi". Studi sul divorzio a cura della cattedra di diritto ecclesiastico dell'Università di Roma, con saggio introduttivo di Pietro AGOSTINO D'AVACK. Casa editrice Dott. A. Milani. Padova, 1972.
- QUADRI, E.: "Le aspettative nella crisi del rapporto coniugale" For. it. 1982, C, I, p. 2.291.
- QUADRI, E.: "Funzione degli assegni personali e realtà economica". Nota a Cass. Sentenza 13 Gennaio 1982 n° 169. For. it. 1982 (pp. 1.053-1.062).
- QULOTTA, G.: Separazione, divorzio e affidamento dei figli. Tecniche e critère della perizia e del trattamento; con la colaboración de CIGOLI y SANTI. Giuffré Edit. Varese, 1983.
- RAMS ALBESA, J.: "Comentario a la Disposición Adicional 10ª". Comentarios al nuevo Título IV del Libro I C.c. coordinados por LACRUZ. Edit. Civitas. Madrid, 1982.
- RANIERI, F.: "La recente riforma del diritto matrimoniale nella Repubblica Federale Tedesca". Riv. Dir. Civ. 1977 (pp. 83-83).

- RAUSCH, K.: "Un'analisi sociológico della riforma del divorzio nella Repubblica federale Tedesca". Familia, diritto, mutamento sociale in Europa, a cura de Valerio PO-CAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna. Edizioni di comunitá. Milano, 1979.
- RAYNAUD, P.: Droit Civil. Les personnes, 3^a edition. Editions Sirey. París, 1976.
- RAYNAUD, P.: Jurisprudence française en matière de Droit Civil. Personnes et droits de famille. Rev. Trim. Dr. Civ. (pp. 310-317).
- RENAULD, J.: Le estatut Civil du conjoint survivant dans la pratique et en droit Comparé; sous la direction de J. RENAULD avec la collaboration de: J.M. CHAPELLE, M. GREGOIRE, M. LEGEIN.-VAN DIEREN, M. HANO-TIAU, A. VASTERSAVENDTS, J. DANDROY. Bruxelles, 1970.
- RENCHON, J.L.: "Les séquelles alimentaires du divorce en droit civil belge et en droit comparé". Famille, Droit et changement dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII Journées d'etudes juridiques J. Dabin organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976. Préface de F. RIGAUX. Etablissements E. Bruylant. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1978.
- RESCIGNO, P.: I rapporti patrimoniali tra i coniugi. Quaderni della Rivista di Diritto Civile. Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 30 aprile-1 maggio 1967. Cedam. Casa editrice Dott. A. Milani. Padova, 1967 (pp. 49-62).
- REVERTE NAVARRO, A.: Intervención judicial en las situaciones familiares. (Notas al C.c.). Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia. Murcia, 1980.
- REY, J.: Ley del Divorcio. Texto íntegro. Comentarios. Indices. Formularios; con la colaboración de SAUQUILLO. 2^a edición. Familiariano Escolar editor. Madrid, 1971.
- REYES MONTERREAL, J.M.: Problemas matrimoniales. Edición. Reus. madrid, 1957.

- RIGAUX, F.: "Le mariage et sa dissolution". Mariage et famille en question. Suisse-Autriche-Belgique-Pays Bas. Annexe: regard sur la situation actuelle en Scandinavie sous la direction de R. NERSON et H.A. SCHWARZ-LIBERMANN VON WAHLENDORF. Centre National de la Recherche Scientifique. Centre Regional de Publication: Lyon. Institut de Droit comparé de l'Université Jean Moulin (Lyon III). Edition C.N.R.S. Lyon, 1980.
- RIOPEREZ Y MILA: Ley de 2 marzo 1932. Nuestro Divorcio. Estudios sobre el Divorcio en España. Biblioteca jurídica práctica. Madrid, 1982.
- RIPERT, G.: "Le caractère de la pension alimentaire allouée au cas di divorce". D.H. 1957, pp. 53/ss.
- RIPERT, G.: Traité de Droit Civil. Tome premier. Introduction générale. Les Personnes, état, incapacités. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1956.
- ROCA TRIAS, E.: "El Convenio Regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad". Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en la crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales. Ediciones Universidad de Navarra. S.A. Pamplona, 1984.
- ROCA TRIAS, E.: "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio"; Art. 90 a 101. Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia. Vol. 1º. Edit. Tecnos. Madrid, 1984, p. 489.
- RODRIGUEZ DE VICENTE TUTOR, M.: "Criterios judiciales en orden a la determinación de los alimentos, cargas del matrimonio, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad". Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en la crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1984.

- RODRIGUEZ CANO: "Panorama del diritto de familia en España". Familia, diritto, mutamento sociale in Europa a cura di Valerio POCAR e Paola RONFANI, Diritto e cultura moderna 19. Edizione di Comunità. Milano, 1979.
- ROMERO VIEITEZ: "Las normas de Derecho Matrimonial promulgadas por el nuevo estado español". R.D.P. 1941.
- ROSSI CARLEO, L.: "Nullitá, separazione, divorzio". Commentario sul divorzio, a cura di Pietro RESCIGNO. Milano-Dott. A. Giuffré Edit. Milano, 1980 (pp. 96-170).
- ROUBIER, P.: Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps). 2^a edition entierement refundue par P. ROUBIER, Ouvrage publié avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique. Editions D.S. París, 1960.
- ROYER: Le divorce et la separations de corps. La pratique recente. L'information juridique. Editions di Vecchi. París, 1979; con la colaboración de CHOAIN y DESCAMPS.
- RUBELLINI DEVICHI, J.: "La disminution de l'importance du mariage". L'admisión du divorce par volonté unilateral. Mariage et famille en question sous la direction de R. NERSON. Tomo I. Institut de Droit comparé de l'Université J. Moulin (Lyon III). Edit. du C.N.R.S. Lyon, 1978.
- SAINT-CYR, Ph.: De l'uni6n libre au mariage à travers l'article 301, alinéa 1^o du Code Civil. Chron. XXI. Recueil D.S. 1975 (pp. 123-128).
- SANCHEZ ROMAN, F.: Estudios de Derecho Civil. Tomo V. Vol. 1^o (segunda edición reformada, corregida y aumentada). Derecho de Familia. Est. Tipográfico "sucesores de rivadeneyra". Madrid, 1912.
- SANCHEZ TOCA, J.: El matrimonio, su ley natural, su historia, su importancia social. Tomo I. A. de Carlos e Hijos editores. Madrid, 1875.

- SANCHO REBULLIDA, F.: Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio 1981) con la colaboración de LACRUZ BERDEJO. Edit. Bosch. Barcelona, 1982.
- SANCHO REBULLIDA, F.: Derecho de Sucesiones (conforme a las leyes de 13 mayo y 7 de julio 1981). Bosch. Barcelona, 1981.
- SANTI, Q.: Separazione, divorzio e affidamento dei figli. Tecniche e criteri della perizia e del trattamento. Giuffrè Edit. Varese, 1983; con la colaboración de CIGOLI y QULOTTA.
- SANTORO PASARELLI, F.: Comentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di CARRARO, OPPO, TRABUCCHI, I. I. Padova, 1977.
- SANTOS BRIZ, J.: Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo V. Derecho de Familia. Edit. R.D.P. Edit. de Derecho Reunidas. Madrid, 1982.
- SANTOSUOSSO, F.: Commentario del Codice Civile I. Della persone e della famiglia. Torino, 1978.
- SANTOSUOSSO, F.: Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia. Unione Tipografico. Editrice Torinese. Torino, 1965.
- SANZ DE ALBA, P.: "La question du divorce en l'Espagne". Une evolution en voie d'achevement. Rev. Int. Dr. Comp. 1981, nº 1 (pp. 69-90).
- SARDA, J.: "El nuevo Derecho acerca de las obligaciones en dinero". R.G.L.J. 1941 (pp. 11-124).
- SAUQUILLO, F.: Ley del Divorcio. Texto íntegro. Comentarios. Indices. Formularios 2ª edición. Emiliano Escolar editor. Madrid, 1981; con la colaboración de REY.
- SAVATIER, R.: "Le régime matrimonial et la contribution respective des époux aux impôts. Chron. XXIII. Recueil D.S. 1977 (pp. 147-148).
- SAVATIER, R.: Le Droit, l'amour et la liberté. Deuxième édition entièrement remaniée. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. R. Pichon et R. Durand-Auzias. París, 1963.

- SCARDULLA, F.: La separazione personale dei coniugi. Appendice: Il Divorzio. Giuffr  Edit. Milano, 1974.
- SCOGNAMIGLIO: Indemnit . Nss. Dig. it. Torino, 1962.
- SCHLICK, J.: Matrimonio y Divorcio. Traducido por Alfonso Ortiz. Ediciones S gueme. Salamanca 1974; con la colaboración de METZ.
- SCHWIND, F.: "Evolution des structures juridiques de la famille en Autriche". Mariage et Famille en question (Suisse-Autriche-Belgique-Pais Bas). Annexe: Regard sur la situation actuelle en Scandinavie sous la direction de R. NERSON et H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLEDORF. Centre National de la Recherche Scientifique. Centre Regional de Publications: Lyon. Institut de Droit Comparé de l'Universit  Jean Moulin (Lyon III). Editions du C.N.R.S. Lyon, 1980.
- SEGURIDAD SOCIAL. Régimen General. Boletín Oficial del Estado. Colección Compilaciones. Madrid, 1984.
- SERRANO ALONSO, E.: "Aspectos sucesorios del nuevo Derecho de Familia". Revista Jurídica española "LA LEY". Tomo II, 1963 pp. 1.171 ss.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, J.: La Ley del Divorcio. Experiencias de su aplicación. Colex. Madrid, 1984; con la colaboración de GARCIA VARELA, GONZALEZ POVEDA, LOPEZ MU NIZ-GO NI.
- SIMONNET, F.: "Les interêts pécuniaires de la concubine; conséquences de la vie en ménage". Conditions de l'epouse et de la concubine dans la legislation française. Préface Georges PERNOT. Editions du recueil Sirey. Paris, 1956.
- SINAY, H.: "Les Conventions sur les pensions alimentaires". Rev. Trim. Dr. Civ. 1954, pp. 229 ss.
- STEINAUER, P.H.: "Les epoux". Mariage et Famille en question. Suisse-Autriche-Belgique-Pais Bas. Annexe: regard sur la situation actuelle en Scandinavie, sous la direction de R.

NERSON et H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF. Centre national de la Recherche Scientifique. Centre Regional de Publication: Lyon. Institut de Droit Comparé de l'Université Jean Moulin (Lyon III). Edition du C.N.R.S. Lyon, 1980.

- SUNDBERG, J.W.: "Facteurs et tendances dans l'évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques. Rêves et réalités". Famille, Droit et changement dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII journées Juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976. Préface de F. RIGAUX. Etablissements Emile Bruylant. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1978.
- TADEVOSSIAN, V.: "La famille, le droit et le développement social en URSS. Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII Journées d'études juridiques Jean Babin organisées par la Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976. Préface de F. RIGAUX. Etablissements Emile Bruylant. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1978.
- TAULET RODRIGUEZ, E.: "La separación de hecho y situación jurídica de la mujer casada". A.D. C. 1969.
- TAULET RODRIGUEZ, E.: "La separación de hecho en el matrimonio". Boletín Informativo del Ministerio de Justicia nº 1.149, 15 noviembre, 1978.
- TCHE-MAO TSIEN: "L'influence politico économique dans la transformation du système familial chinois". Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII Journées d'études Juridiques Jean Dabin organisées par la Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976. Préface F. RIGAUX. Etablissements Emile Bruylant. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1978.

- TEDESCHI, G.: "Il contributo della moglie al bilancio domestico e i principi della Costituzione". Riv. Dir. Civ. 1958 (1ª parte).
- TEXTOS INEDITOS de la Comisión de Asuntos Europeos del Notariado Latino. 1982.
- TRABUCCHI, A.: "Matrimonio e Divorzio". Riv. Dir. Civ. 1971 (1ª parte) (pp. 1-22).
- TRABUCCHI, A.: "La revisione giudiziale del regime di divorcio e la garanzia del normale esercizio della facoltà de prova". Riv. Dir. Civ. 1975, sett.-ott. (pp. 550-552).
- TRABUCCHI, G.: "L'atribuzione dei diritti previdenziale nel divorzio. L'esperienza Tedesca del Versorgungsausgleich". Riv. Dir. Civ. 1984, luglio-agosto, nº 4 (pp. 463-531).
- VALCARCE ALFAYATE, E.: Hacia un divorcio restringido. Prólogo del Profesor Dr. D. José Botella Llusia. Edit. Bosch. Barcelona, 1973.
- VALERIUS MAXIMUS: Factorum et Dictorum memorabilium. Libri novem. CUM IVLII paridis et ianvarii nepotiani epitomis. Iterum recensvit CAROLUS KEMPF. Editio Stereotypa editiones secundae. Bibliotheca Scriptorum graecorum et Romanorum Teubneriana. Stuttgart, 1966.
- VALPUESTA FERNANDEZ, M.R.: "Comentario a los arts. 97 a 101 C.c.". Comentarios al nuevo Título IV del Libro I C.c. coordinados por LA-CRUZ, Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1982; con la colaboración de LASARTE ALVAREZ.
- VALPUESTA FERNANDEZ, M.R.: "Consideraciones sobre la pensión dimanante de la separación o el divorcio". La Reforma del Derecho de Familia. Matrimonio, separación, Régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad. Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia. Imprenta Sevillana. Sevilla, 1982.
- VALPUESTA FERNANDEZ, M.R.: "Pactos conyugales de separación de hecho". Historia y presente. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1982.
- VALCÁRCERES, E.: Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio. Edit. Civitas. Madrid, 1982.

- VALLESPINOS, C.G.: "Inflación y actualización monetaria"; con la colaboración de MOISSET DE ESPANES y PIZARRO. Edit. Universidad. Buenos Aires, 1981.
- VALLS GOMBAN, J.F.: "Los procesos de nulidad, separación y divorcio". R.D.P. 1981 nº 4, pp. 717 ss.
- VAN HOUTE, J.: "La famiglia e l'evoluzione del diritto in Belgica". Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa a cura de Valerio POCAR e Paola RONFANI, Diritto e cultura moderna 19. Edizioni di comunità. Milano, 1979.
- VARELA DE LIMIA, F.: La separación convencional de los cónyuges y el Derecho español. Eunsa. Edit. Gómez, S.L. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1972.
- VASSEUR, M.: Le problème des sociétés entre époux après l'ordonnance du 19 décembre 1958. Librairie Sirey. Paris, 1960.
- VAZQUEZ BOTE, E.: "Los alimentos al ex-cónyuge en el divorcio vincular". R.C.D.I. (pp. 47-55).
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: "Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio. Edit. R.D.P. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1981.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: "La pensión indemnizatoria en los casos de separación y divorcio". Revista Jurídica española "LA LEY". Tomo II, 1982, pp. 817 ss.
- VEGA SALA, F.: Síntesis práctica de la regulación del Divorcio en España. Edit. Praxis, S.A. Barcelona, 1981.
- VINCENZI AMATO, D.: "I Rapporti patrimoniali". Commentario sul divorzio a cura de Pietro Rescigno. Giuffrè editore. Milano, 1980.
- VILADRICH, P.J.: Agonía del matrimonio legal. DIF. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1984.
- VISMARA, G.: "I rapporti patrimoniali tra coniugi". Il matrimonio della società altomedievale. Settimane di studio del centro de

studi sull'alto medioevo. 22-28 aprile 1976. Tomo secondo. Spoleto, 1977.

- VOGEL-POLSKY, E.: "Les conséquences du divorce dans quelques systèmes de sécurité sociale en Europe". Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Travaux des VIII Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976. Préface F. RIGAUX. Etablissements Emile Bruylant. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1978.
- VOLTERRA, E.: Divorzio. Diritto Romano. Nss. Dig. it. Torino, 1960.
- VOULET, J.: Toutes les questions pratiques sur le divorce et la separation de corps. Collection française. Editions J. Delmas et Cie. Paris, 1981.
- WATSON, A.: The Divore of Carriluis Ruga. Tijdschrij Voor Rechtsgeschiedenis. De el XXXIII (pp. 38-50).
- WEYERS, H.L.: "Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1983". A.D.C. 1984. Oct-diciemb. (pp. 1.053-1.059).
- WIDERBERG, K.: "Il diritto de famiglia in Svezia ed il processo di liberazione della donna". Familia, diritto, mutamento sociale in Europa a cura di Valerio POCAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizioni de Comunitá. Milano, 1979.
- WOLFF, M.: Derecho de Familia. Traducción de la 20ª edición alemana (sexta revisión). Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B. PEREZ GONZALEZ y J. CASTAN TOBENAS. Vol. 1º. El matrimonio. 2º edición. Edit. Bosch. Barcelona, 1979.
- WYRNA, T.: "Le nouveau Code polonais de la famille et de la tutelle". Rev. Int. Dr. Comp. 1966 (pp. 89-92).
- ZANON MASDEU, L.: La separación matrimonial de hecho. Edit. Hispano Europea. Barcelona, 1974.

- ZANON MASDEU, L.: El Divorcio en España. Ley 7 julio 1981. Ediciones Acervo. Barcelona, 1981.
- ZANNONI, E.A.: Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1975.
- ZARRALUQUI-SANCHEZ EZNARRIAGA, L.: El divorcio, defensa del matrimonio. Pros y contras de la Ley analizados por un especialista. Edit. Bruguera, S.A. Barcelona, 1980.
- ZATJAY, I.: "Le droit du mariage dans le nouveau Code Hongrois de la famille". Rev. Int. Dr. Comp. 1954 n° 3 (pp. 491-503).
- ZATJAY, I.: Le regime matrimonial legal dans les legislations contemporaines. 2^a edition entièrement renouvelé et dirigée par Patarin et Zatjay. Travaux et Recherches de l'institut de Droit Comparé. Editions A. Pedone. Paris, 1974.
- ZATTI, P.: "La legge sul divorzio: contenuto e spunti problematici". Riv. Dir. Civ. 1971, II.
- ZICCARDI, F.: "L'esperienza italiana en matière di divorce". Rev. Int. Dr. Comp. 1975 n° 2, pp. 403-417.
- ZUKLINOVA, M.: "Problemi in materia di rapporti matrimoniali e familiari in Checoslovaquia". Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa, a cura de Valerio POCAR e Paola RONFANI. Diritto e cultura moderna 19. Edizione di Comunità. Milano, 1979.

I N D I C E

	<u>Página</u>
ABREVIATURAS UTILIZADAS	II
INTRODUCCION	III
<u>CAPITULO I.</u> - CONCEPTO, FUNDAMENTO Y DISTINCION DE LA PEN- SION CON OTRAS FIGURAS AFINES	1
I. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES	4
A) Pensión alimenticia y Pensión por des- equilibrio	5
B) Pensión por desequilibrio e indemniza- ción en caso de nulidad	10
II. FUNDAMENTO DE LA PENSION	13
III. CONCEPTO	25
<u>CAPITULO II.</u> - PRESUPUESTOS DE OTORGAMIENTO DEL DERECHO DE PENSION.....	27
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	28
II. SOLUCIONES SEGUIDAS EN EL DERECHO COM- PARADO	35
A) Italia	35
B) Francia	50

	<u>Página</u>
C) Inglaterra	87
D) Alemania	92
III. LA "NECESIDAD" COMO PRESUPUESTO DE ATRIBUCION DE UNA PENSION ALIMENTICIA POSTERIOR A LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL	102
IV. EL "DESEQUILIBRIO ECONOMICO" COMO PRESUPUESTO BASICO DE OTORGAMIENTO DE LA PENSION PREVISTA EN EL ART. 97	125
A) Concepto y elementos integrantes del desequilibrio económico	125
B) Momento en el que ha de ser apreciado el desequilibrio económico	149
C) Notas caracterizadoras del desequilibrio económico: especial referencia al "empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio"	159
D) Posibilidad de apreciar el desequilibrio económico en un momento posterior al divorcio	164
V. ANALISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN EL ART. 97	172
A) Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges	178
B) La edad y el estado de salud	192
C) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.	213
D) Dedicación pasada y futura a la familia	226

Página

E) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge	243
F) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal	262
G) La pérdida eventual de un derecho de pensión	272
H) El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge....	307
<u>CAPITULO III.- MODALIDADES DE PAGO DE LA PENSION</u>	327
I. PAGO DE LA PENSION "A TANTO ALZADO" A TRAVES DE UN CAPITAL: SISTEMA ACOGIDO COMO PRINCIPAL POR EL DERECHO FRANCES PARA LA SATISFACCION DE LA PRESTACION COMPENSATORIA	331
II. PAGO DE LA PENSION 'PERIODICAMENTE A TRAVES DE UNA RENTA: SISTEMA ACOGIDO COMO PRINCIPAL POR EL CODIGO CIVIL	342
III. SUSTITUCION DE LA PENSION POR OTRAS FORMAS DE PAGO	350
A) Renta vitalicia	354
B) Usufructo de determinados bienes ...	359
C) Entrega de un capital en bienes o en dinero	361

	<u>Página</u>
<u>CAPITULO IV.</u> - INCIDENCIA EN LA PENSION DEL FENOMENO DE LA ALTERACION MONETARIA Y DE LAS CIRCUN- TANCIAS SOBREVENIDAS	364
I. CONSIDERACIONES GENERALES	365
II. ACTUALIZACION DE LA PENSION	373
III. REVISION Y MODIFICACION DE LA PENSION...	382
 <u>CAPITULO V.</u> - GARANTIAS DEL PAGO DE LA PENSION	 415
 <u>CAPITULO VI.</u> - EXTINCION Y TRANSMISIBILIDAD DE LA PENSION.	 439
I. ANALISIS DE LAS CAUSAS DE EXTINCION	445
A) <u>Causas expresamente enumeradas en el</u> <u>art. 97</u>	445
1. El cese de la causa que motivó el derecho de pensión	445
2. Nuevo matrimonio del acreedor	457
3. Convivencia marital del acreedor con un tercero	470
B) <u>Otras causas de extinción</u>	484
1. La muerte del acreedor de la pen- sión	484
2. La prescripción	485
3. La Renuncia	487
II. TRANSMISIBILIDAD DE LA PENSION	495
CONCLUSIONES	508
BIBLIOGRAFIA	516