**Título:** Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género

**Autor:** Molina de Juan, Mariel F.

**Publicado en:**

**Cita Online:** AP/DOC/4234/2012

**Sumario: I. Breve introducción. El marco jurídico.— II. Aproximación al concepto.— III. Antecedentes.— IV. Análisis de la figura proyectada.— V. Naturaleza: diferencias con otras figuras.— VI. Valoración**

[(\*)](#FN*)

 La vida en la tierra sale bastante barata.

Por los sueños, por ejemplo, no se paga ni un céntimo.

Por las ilusiones, sólo cuando se pierden.

Por poseer un cuerpo, se paga con el cuerpo [(1)](#FN1).

I. Breve introducción. El marco jurídico

La incorporación de las compensaciones económicas es una de las novedades que trae el Proyecto de reforma del Código Civil [(2)](#FN2). Esta figura se encuentra regulada en el libro segundo correspondiente a las relaciones de familia, dentro de los efectos del divorcio, en el título primero, capítulo 8.

La propuesta engarza dentro de un sistema de divorcio "incausado" que prescinde de toda invocación y acreditación de "causas" para obtener una sentencia judicial que disuelva el vínculo matrimonial. Por ello suprime tanto la indagación de la culpa de uno u ambos en la ruptura matrimonial, como el requisito objetivo de cumplimiento del plazo desde la separación de hecho para peticionarlo. En conclusión, los motivos que impulsaron a los cónyuges a peticionar su divorcio quedan reservados a la esfera de la intimidad conyugal sin que sea necesario el control ni la injerencia del Estado.

Este divorcio puede ser demandado judicialmente por acuerdo de ambos (bilateral) o bien por voluntad de uno solo de los esposos (unilateral) [(3)](#FN3), pues el respeto por la autonomía personal que impone el paradigma de los derechos humanos exige que el matrimonio se sostenga sólo por la decisión de ambos. Si uno de ellos tiene voluntad de no continuarlo, el otro no puede resistirse ni oponerse al dictado de la sentencia que ponga fin al vínculo matrimonial.

La sección tercera se ocupa de los efectos del divorcio y comprende específicamente dos instituciones: a) la atribución de la vivienda (art. 443) y b) la compensación económica (arts. 441 y 442). La posibilidad excepcional de reclamar alimentos con posterioridad al divorcio se encuentra regulada en el art. 434 (capítulo 7 "Derechos y deberes de los cónyuges").

Las compensaciones económicas no sólo resultan procedentes cuando el matrimonio se disuelve por divorcio, sino también en los supuestos de anulación para el cónyuge de buena fe (arts. 428 y 429), y con algunas variantes cuando se produce la ruptura de las uniones convivenciales (arts. 524 y 525) [(4)](#FN4).

II. Aproximación al concepto

En una primera aproximación puede decirse que la compensación económica es una institución jurídica que propicia la superación de la injusta pérdida patrimonial que el divorcio puede provocar en alguno de los cónyuges. Desaparecida la comunidad de vida y la contribución en las cargas del hogar que permitían que ambos gozaran del mismo estándar, afloran los niveles económicos y sociales correspondientes a los recursos y las posibilidades que cada uno tenía y ha podido forjar en razón de la peculiar división de funciones llevada adelante durante la vida matrimonial.

Este desequilibrio, que puede haberse mantenido "oculto" o "compensado" durante la vida compartida, se hace ahora patente y en muchas ocasiones no será resuelto en forma equitativa con la liquidación de la sociedad conyugal, cuya finalidad es repartir lo ganado por partes iguales.

Por eso la compensación aparece como un correctivo jurídico que pretende evitar las injustas desigualdades que el divorcio provoca como consecuencia de las diferentes capacidades de obtener ingresos que se desarrollaron y consolidaron durante el matrimonio, cuestión que en la mayoría de las oportunidades el régimen económico matrimonial resulta incapaz de solucionar [(5)](#FN5).

III. Antecedentes

**1.- Una mirada al derecho comparado**

La figura surgió en Europa, hacia el final del siglo XX, y fue recogida por las reformas legislativas del derecho familiar en Francia [(6)](#FN6), Dinamarca, Italia, España [(7)](#FN7), Alemania. En América fue receptada por El Salvador [(8)](#FN8), Quebec [(9)](#FN9) y, más recientemente, por Chile [(10)](#FN10).

En todos estos casos, si bien existe un sustrato común con elementos compartidos, cada uno de ellos le asigna funciones específicas y acomoda su fisonomía a la idiosincrasia del país, de modo que resulta una institución con peculiaridades propias en cada sistema [(11)](#FN11). Por ello no resulta fácil elaborar una definición única ni tampoco precisar su naturaleza o identificar los requisitos de una manera uniforme y válida para las diferentes latitudes que la regulan.

**2.- Panorama en el derecho argentino**

La ley 23.515 que introdujo el divorcio vincular en nuestro ordenamiento jurídico omitió toda referencia a la compensación económica como uno de sus posibles efectos. En principio, el sistema vigente deja fuera de la previsión normativa el supuesto de desproporción o desequilibrio económico que el cese de la comunidad de vida puede crear en los ex cónyuges cuando uno ha sacrificado su vida personal, social y profesional, dedicándose al hogar y a los hijos a fin de que el otro cónyuge se realice personal, intelectual y profesionalmente.

La ausencia de esta previsión determina que cuando ese desequilibrio se ha producido, el cónyuge perjudicado difícilmente pueda reinsertarse en el mundo laboral o profesional, o reanudar sus estudios, cuestión que se torna más lejana aún a medida que avanza su edad. Incluso esta situación lo puede llevar a consumir los bienes que le han sido adjudicados por la partición de la sociedad conyugal o disminuir sus rentas.

No obstante el silencio normativo, no es una institución desconocida, pues ha sido abordada por algunos textos de doctrina. Resulta enriquecedora la lectura de un trabajo del Dr. Fanzolato, quien sostuvo que la "prestación compensatoria civil" consiste en el pago de una suma de dinero o de una cantidad periódica, generalmente mensual, que uno de los ex esposos debe abonar al otro para subsanar el desmedro en el nivel de vida económico social que sufre a causa del divorcio o para compensarlo por aquellos aportes en servicios o bienes que, por su especial naturaleza, no pueden ser justipreciados ni saldados en las operaciones de liquidación y partición del régimen patrimonial matrimonial o de la comunidad convivencial [(12)](#FN12).

Por otra parte, la jurisprudencia tampoco fue totalmente ajena a su reconocimiento. En una la sentencia dictada en 2009 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el Dr. De Lázzari introdujo la consideración de esta figura como "paliativo" frente a las injustas consecuencias que el divorcio objetivo produciría en la ex cónyuge [(13)](#FN13). En el caso, antes de contraer matrimonio, la esposa tenía un empleo, que no sólo le permitía obtener ingresos y cobertura de salud sino también una previsión hacia el futuro de acceder al beneficio jubilatorio. Después de casarse, en 1966 —como sucede en muchos otros casos—, renunció a su trabajo para ocuparse de la familia y los hijos y con ello perdió sus expectativas de proveerse en forma autónoma lo necesario para la previsión social de las contingencias de la vida. Desde entonces y hasta el divorcio, el marido solventó los gastos del hogar con los recursos económicos obtenidos por su empleo y proveyó de obra social a la esposa, quien padecía una enfermedad neurológica muscular de piernas y brazos de larga data (polineuropatía sensitiva motora hereditaria) y necesitaba de acompañante terapéutico en cada una de las escasas actividades que realizaba.

El esposo demandó el divorcio por la causal objetiva de separación de hecho y la señora reconvino por causal subjetiva (abandono voluntario y malicioso, adulterio e injurias graves). Como es sabido, hasta el momento ésta es la única vía posible para obtener una prestación alimentaria amplia que le permitiría suplir los aportes que hacía su marido para satisfacer todas sus necesidades. A su vez, el actor planteó la reconventio reconventionis con apoyo en la causal de injurias graves. El tribunal de grado dictó sentencia de divorcio por causal objetiva, contra la cual la señora planteó recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley.

Más allá de que el fallo rechazó el planteo recursivo —con la disidencia del Dr. Petiggiani—, resulta de interés recordar que el voto del Dr. De Lázzari se introdujo en la valoración de las consecuencias que la decisión del tribunal provocaría en la situación económica de la demandada [(14)](#FN14). Evaluó que "a las dificultades para participar en el mercado de trabajo ante la incapacidad padecida se le sumará la pérdida de obra social y una probable imposibilidad de cobertura médica asistencial por el alto costo exigido si pretende adscribirse a la misma obra social al ser una persona mayor, enferma y sin actividad remunerativa... Tampoco podrá tener derecho a los alimentos amplios que le permiten mantener el 'nivel de vida' previstos en el art. 207 del Código Civil que le podrían corresponder sobre los ingresos jubilatorios de su marido, aunque en el plano fáctico probablemente contribuyera con dinero ganancial para que éste fuera titular del beneficio jubilatorio que hoy sustenta en forma personal, pues no se ha juzgado la culpabilidad" [(15)](#FN15). Por eso, con argumento en el principio de igualdad y equilibrio entre hombre y mujer —con rango constitucional—, sostuvo que en el caso sería posible aplicar las compensaciones económicas "consistentes en contemplar una pensión por desequilibrio como una prestación pecuniaria a favor del cónyuge que realizó sacrificios patrimoniales directos o indirectos a causa de la relación patrimonial" [(16)](#FN16). Más aún, propuso que la sentencia lo explicite a fin de asegurar la tutela efectiva de los derechos e intereses mediante estas prestaciones que prescinden de este factor subjetivo, como mecanismo de acceso a la justicia, aunque reconoció que no pueden declararse de oficio, pues se trata de un beneficio renunciable [(17)](#FN17).

IV. Análisis de la figura proyectada

La figura proyectada pretende brindar una solución a una gran cantidad de situaciones que, con ribetes similares, llegan a nuestros tribunales, en las que el divorcio produce una desigualdad económica entre los cónyuges que acarrea un injusto perjuicio en uno de ellos, con frecuencia, la mujer. En general, este desequilibrio tiene su fuente en la peculiar distribución de roles y funciones que los esposos llevaron adelante durante el matrimonio; así, por ejemplo, no obstante que ambos se encontraban insertos en el mercado laboral antes de su celebración, luego de casarse han acordado que uno de ellos —generalmente, la mujer— renuncie al empleo para dedicarse al cuidado de los hijos y las tareas del hogar o para colaborar en la actividad desarrollada por el otro, sea profesional, comercial, empresaria, etc. Esta desigualdad también pudo haberse producido porque antes de la vida en común uno cursaba estudios para obtener una mejor capacitación y elevar sus posibilidades económicas, pero luego los abandona o pospone para apoyar o favorecer el desarrollo profesional o laboral del otro.

De este modo, aunque ambos compartieron los esfuerzos y trabajaron a la par para llevar adelante la familia y alcanzar una calidad de vida acorde a sus expectativas y proyecciones, al momento del divorcio, aquel cónyuge que debió dejar el trabajo o posponer sus estudios sufre un perjuicio directo frente al otro que pudo concluir su carrera profesional u obtener una mejor posición laboral. Dado el fundamento comunitario y solidario del matrimonio en el que ambos esposos comparten un proyecto de vida en común fundado en la cooperación, esta dinámica de organización de la vida familiar tiene alta incidencia en el modelo familiar argentino

**1. Requisitos de procedencia**

El art. 441, que introduce la institución en el Proyecto, enuncia los requisitos de procedencia. La norma expresa que "al cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación...".

Como primera reflexión debo señalar que el derecho a obtener esta compensación económica no resulta una consecuencia necesaria del divorcio, sino que sólo procede si se dan los requisitos previstos por la ley [(18)](#FN18):

a) Desequilibrio económico manifiesto: el divorcio tiene que generar una desigualdad en las posibilidades económicas y de inserción en la vida laboral de una cierta entidad que justifique poner en marcha este mecanismo.

b) Empeoramiento de la situación del cónyuge que la reclama: el desequilibrio que el divorcio hace evidente debe significar un empeoramiento concreto de la situación del cónyuge que la peticiona, es decir, exige que la situación económica del cónyuge perjudicado, su calidad de vida y posibilidades sufran un impacto negativo a partir de la disolución del vínculo matrimonial.

c) Causa adecuada en el matrimonio y el divorcio: ello es así porque depende directamente de la distribución de roles y funciones entre los miembros del matrimonio durante la vida conyugal, la cual va a provocar un perjuicio directo a uno de los esposos al momento de la ruptura. A partir del divorcio, el cónyuge desfavorecido se encuentra con que, no obstante haber aportado sus esfuerzos al proyecto compartido o a la tarea del otro, no ha podido desarrollarse laboral o profesionalmente de modo acorde con ese esfuerzo aportado, y por ello está en peores condiciones de obtener ingresos para afrontar la vida en forma independiente.

d) Sentencia firme: sólo es exigible luego del divorcio o nulidad matrimonial, aunque puede haber sido pactada en el convenio regulador de los efectos del divorcio realizado durante las tratativas para alcanzar los acuerdos previos (conf. art. 439).

e) Indiferencia del régimen patrimonial: resulta independiente del régimen patrimonial matrimonial vigente durante el matrimonio, pues procede tanto para el caso en que los cónyuges se rigieran por la comunidad de ganancias como si se sujetaron a la separación de bienes.

Si bien es cierto que la compensación puede cumplir un papel de mayor trascendencia en el régimen de separación de bienes, ya que aquí no hay consideración a las ayudas o colaboraciones prestadas por el otro, cada uno de los cónyuges administra y dispone de los bienes de su propiedad y el matrimonio no genera expectativa alguna en participar de los adquiridos por el otro durante la vida en común, ello no implica que no puedan producirse estas injustas consecuencias en la comunidad de gananciales, especialmente cuando no hay masa a partir o cuando su capital es exiguo.

**2. Los principios constitucionales en juego**

El diseño propuesto se enmarca dentro del indispensable abordaje constitucional del derecho familiar [(19)](#FN19) y la fuerza normativa que éste irradia, la que propende al reconocimiento y la eficacia de derechos fundamentales anclados en el principio de autonomía personal para concretar el proyecto de vida que cada uno diseña, la plena manifestación del paradigma igualitario por el cual se persigue la concreción de la igualdad real entre los miembros del matrimonio, excluyendo toda forma de discriminación por las categorías sospechosas de género y orientación sexual (art. 402), y el principio de solidaridad familiar.

El respeto a la autonomía personal se manifiesta en un doble sentido: por un lado, porque faculta a los esposos a acordar su procedencia y contenido y, por el otro, porque tiene como objetivo último permitir que cada uno de ellos pueda reelaborar su proyecto de vida en forma autónoma.

El sustento en la igualdad de aquellas personas que integraron un matrimonio va mucho más allá de la mera igualdad formal. Como punto de partida reconoce que el matrimonio pudo haber generado desigualdades económicas entre los esposos, es decir, parte de admitir una posible desigualdad de facto, pero no se queda en ella porque ofrece una herramienta concreta para que aquel que se ha visto desfavorecido por el juego de roles asumido durante la vida en común pueda obtener una respuesta jurídica que equipare su condición a la del otro.

Por último, tal como surge de los fundamentos del Proyecto, la figura se sustenta en la solidaridad familiar, pilar axiológico que limita el ejercicio de la libertad mediante un obrar responsable con aquellos con quienes se ha compartido un proyecto de vida.

**3. Fundamento**

La institución proyectada en el contexto del sistema de divorcio incausado se desliga de la existencia de culpa en la crisis matrimonial y, en cambio, se funda en una serie de condiciones objetivas. En este sentido, recoge el antecedente del derecho español [(20)](#FN20), que la concibe como un derecho personal del cónyuge a quien el divorcio ha producido un desequilibrio económico valorado en comparación con la situación anterior [(21)](#FN21).

En el derecho comparado existen otras soluciones que en algún punto subordinan su procedencia a un elemento subjetivo. El Código de Familia de El Salvador, por ejemplo, sólo la reconoce a aquel cónyuge que no ha cometido conducta dañosa grave hacia el otro. Si bien parte de exigir un "desequilibrio económico" para los supuestos en que "el matrimonio se hubiere contraído bajo el régimen de separación de bienes, o si habiendo existido un régimen de comunidad su liquidación arrojare saldo negativo" y el divorcio implique una desmejora sensible en la situación económica de uno de los cónyuges en comparación con la que tenía dentro del matrimonio (art. 113), fija como causal de privación del derecho "aquellos casos de divorcio en que se establezca grave conducta dañosa de un cónyuge para con el otro".

Como resulta evidente, en el marco del sistema de divorcio diseñado que prescinde totalmente del concepto de culpa y la imputación de efectos en razón de ella, resultaba imposible subordinar el derecho a percibirla a una ausencia de indicadores de culpabilidad. En consecuencia, el sistema elegido prescinde de toda culpa o responsabilidad en la ruptura conyugal y se concentra estrictamente en el elemento económico o patrimonial.

**4. El convenio regulador y la autonomía personal de los involucrados**

El art. 439 del Código proyectado enumera, dentro de las cuestiones que puede contener el convenio regulador de los efectos del divorcio, la fijación de una compensación económica en beneficio de alguno de los esposos. Al respecto se ha sostenido insistentemente el gran valor de estos acuerdos que evitan el litigio judicial y permiten una solución autónoma del conflicto, más allá del impacto positivo en la conducta del obligado, pues la práctica cotidiana revela que existe una mejor y mayor disposición a su cumplimiento [(22)](#FN22).

Pero, por otra parte, como se trata de un mecanismo tuitivo con base en derechos fundamentales de las personas, el Proyecto establece que, a falta de acuerdo, será el juez quien —a pedido de parte— determinará su procedencia y fijará su monto.

**5. Sobre la forma de cumplimiento y de pago**

Rige como principio general la autonomía personal de los cónyuges y por ello la norma señala sólo a título enunciativo que puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez (art. 441). Esta solución sigue la fuente del Código Civil español, que establece la posibilidad de pago mediante una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia (art. 97) [(23)](#FN23).

Si bien el art. 441 del Proyecto se refiere en forma genérica al contenido de la prestación, su valor consiste en establecer como principio el pago de una renta por tiempo determinado, es decir, que tiene carácter temporal y no vitalicio. La fijación por tiempo indeterminado es absolutamente excepcional, lo cual es indicador de una diferencia con las prestaciones alimentarias, que por su naturaleza no pueden sujetarse a un tiempo, sin perjuicio de que luego, si cambiaran las circunstancias que se tuvieron en mira al fijarlas o si se dan las causales establecidas por la ley, pueden extinguirse o modificarse.

**6. Las pautas para su fijación**

El art. 442 del Proyecto [(24)](#FN24) contempla una serie de pautas que deberán tenerse en cuenta para la determinación de su procedencia y monto. Se trata de parámetros que versan sobre las condiciones existentes al momento de la celebración del matrimonio, cómo se han distribuido los roles y las responsabilidades durante la vida conyugal, la situación patrimonial en el momento del divorcio y la evolución de ésta en un futuro previsible.

Debe tenerse en cuenta la edad y el estado de salud de los esposos, la duración del matrimonio, el tiempo ya dedicado o que se necesite dedicar a la educación de los hijos, su cualificación y su situación profesionales en relación con el mercado laboral, sus derechos existentes y previsibles. A diferencia del Code francés y Código Civil español, no consagra expresamente la situación respectiva en materia de pensiones de jubilación, pero ello no quiere decir que estos elementos no puedan tenerse en cuenta, ya que la norma deja en claro el carácter enunciativo de las pautas [(25)](#FN25).

El sistema proyectado incorpora una pauta novedosa: la atribución de la vivienda familiar, la consideración de si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado y, para este último caso, quién abona el canon locativo (inc. f). He anticipado que esta atribución de la vivienda se encuentra prevista específicamente como uno de los efectos del divorcio (arts. 443 y 444), ofreciendo una solución muy importante a la multiplicidad de problemas que ocasiona la protección del derecho a la vivienda en el sistema actual (conf. arts. 1277, 221, CCiv.).

**7. Caducidad**

La caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo fijado por ley o la voluntad.

El último párrafo del art. 442 consagra la caducidad de la acción a los "seis [(6)](#FN6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio". Con ello, el derecho a la compensación económica se enrola en esa clase de facultades que nace con una vida limitada en el tiempo y que no pueden verse suspendidas por voluntad de las partes. Esta solución responde al "principio de concentración de los efectos del divorcio" [(26)](#FN26), pues tal como surge de los propios fundamentos del Proyecto, se parte de la idea de que el derecho debe coadyuvar a la solución de los conflictos entre los ex esposos de la forma más breve y ágil posible, pacificando la familia y evitando agudizar la crisis, la que en forma casi inevitable repercute muy negativamente en la vida de los hijos.

V. Naturaleza: diferencias con otras figuras

Reflexionar sobre la naturaleza de las compensaciones tiene importancia porque permite determinar qué régimen jurídico les resulta aplicable y, por ende, si son disponibles, renunciables, compensables, embargables, transmisibles, si son susceptibles de prescripción, si pueden modificarse, etcétera.

El Proyecto ha diseñado una figura que tiene una naturaleza sui géneris, pues presenta alguna semejanza con otras conocidas en el derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, pero no se confunde con ellas. En los párrafos siguientes trataré de sistematizar sus diferencias principales.

**1. No es una prestación alimentaria**

Además de las compensaciones económicas, el derecho proyectado contempla la obligación alimentaria de los cónyuges durante la convivencia y la separación de hecho (arts. 432 y 433). Como se enrola dentro de la posición que sostiene que tras el divorcio no hay deber de socorro entre los cónyuges [(27)](#FN27), contempla el derecho alimentario posterior al divorcio sólo en casos excepcionales (art. 434).

La distinción entre ambas instituciones surge desde el principio, al momento mismo de la designación de estos correctivos, pues deliberadamente prescinde de la voz "pensión", que tiene más que ver con la renta de carácter asistencial, o "prestación compensatoria", que podría asociarse con un elemento de periodicidad y, en cambio, utiliza la fórmula "compensación económica" que realza su naturaleza patrimonial objetiva.

De este modo, el sistema proyectado se aparta de la calidad alimentaria con fundamento asistencial, distanciándose de algunas legislaciones del derecho comparado que establecen mayores puntos de conexión con ella, como por ejemplo las que fijan causales de extinción del derecho, entre ellas, el Código de El Salvador, que si bien contempla ambas figuras [(28)](#FN28), en la norma que regula las pensiones compensatorias señala que se extinguen "por cesar la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona, por haber cometido injuria grave contra el deudor, o por la muerte del acreedor o el deudor" (art. 113). El Código de Paraguay establece alguna similitud en cuanto al modo de cumplimiento; si bien sólo se refiere a los alimentos posteriores al divorcio (art. 76), que proceden cuando uno de los cónyuges se encontrare imposibilitado de proveer a su subsistencia y careciere de bienes propios, el art. 79 referido a la modalidad de cumplimiento permite que la pensión "sea sustituida por la entrega de una sola vez de un capital en dinero efectivo o en otros bienes, o por la constitución de una renta vitalicia", a opción del obligado y con aceptación del beneficiario (art. 81), aproximándolo a la forma de cumplimiento de las compensaciones.

Lo dicho no implica desconocer algunas coincidencias (ambas instituciones tienen en común algunas pautas para su fijación, así como la posibilidad de acordarlas mediante el convenio regulador de los efectos del divorcio [conf. art. 439]). Pero esto no debe llevar a confundirlas o identificarlas, porque existen distinciones sustanciales en cuanto a los requisitos de procedencia, su forma de cumplimiento y la posibilidad de extinción que, a su vez, permiten a elaborar distinciones concretas en sus caracteres, fundamentos y finalidad.





**2. No es una reparación por daños**

Existen también algunos puntos de contacto con la naturaleza "indemnizatoria", pues la ley impone una reparación económica a un cónyuge en beneficio del otro con la finalidad de reequilibrar la situación que desencadenó el divorcio. En este sentido, Roca i Trías sostuvo que "constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio: mientras era eficaz, el matrimonio enmascaraba esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir la compensación" [(31)](#FN31).

Pero este resarcimiento tiene una especificidad tal que impone no confundirlo con una indemnización por los daños y perjuicios. Si bien la compensación económica supone un menoscabo patrimonial, que también se da en el caso de la indemnización por daños, sus presupuestos son diferentes.

Lo dicho no impide que aquel cónyuge que haya sido víctima de un daño injustamente sufrido en su persona, por el hecho del otro, reclame indemnización en el sentido estricto del término, siempre que encuadre dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede con la obligación alimentaria, nada impediría la posibilidad de reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos en su persona a quien ha cobrado compensación económica.



**3. Indemnización de equidad o enriquecimiento sin causa**

Para el caso de aquellas prestaciones que tienden a corregir la dispar situación emergente del divorcio a causa de niveles económicos y sociales diferentes de los esposos, Fanzolato encuentra alguna semejanza con el principio que en nuestro derecho regula la atribución de daños involuntarios contenido en el art. 907, Código Civil actual, y la "indemnización de equidad", aunque reconoce que la situación no es idéntica porque en la indemnización de equidad prevista en esa norma la conducta del autor del daño debe ser objetivamente ilícita. En cambio, en el caso de la prestación compensatoria, no hay ilicitud en la conducta del obligado, quien ha obrado legítimamente en el ejercicio de una facultad —divorciarse— que no debería originar responsabilidad alguna [(32)](#FN32). Por otra parte, la figura proyectada no sólo valora la diferencia de nivel económico, sino que tiene en cuenta la causa de esa desigualdad, la cual se origina en la especial dinámica de distribución de funciones que ese matrimonio ha tenido durante la vida en común, la ocupación en las tareas del hogar, la colaboración desinteresada en los emprendimientos del otro, factores que han condicionado la posibilidad de cada uno de retornar a una ocupación remunerada o al ejercicio de la profesión después del divorcio.

Tal como se reseñan en los fundamentos del Proyecto, la figura se aproxima a la "restitución debida por enriquecimiento sin causa, que supone el enriquecimiento de uno de los cónyuges, y el correlativo empobrecimiento del otro", aunque con las especificidades propias del derecho familiar, como por ejemplo la existencia de un plazo de caducidad perentorio atado a la sentencia de divorcio.

VI. Valoración

La solución jurídica frente a la crisis matrimonial que aporta el Proyecto se enriquece con la recepción de esta nueva figura que introduce en el derecho argentino un valioso mecanismo con perspectiva de género para superar el "estigma" de tener que "ser alimentado", generalmente asociado con un sistema discriminatorio de distribución de roles que impacta en mayor medida en las mujeres, principales víctimas económicas del divorcio [(33)](#FN33). Su aplicación puede resultar de utilidad para evitar un cúmulo de conflictos posteriores, nacidos precisamente de esa situación de "dependencia" de una cuota alimentaria por quien resultó ser el miembro económicamente más débil de la relación conyugal.

En definitiva, se trata de una institución que garantiza la igualdad real de oportunidades luego de la ruptura matrimonial, postulado indispensable para asegurar a cada uno de los ex esposos la posibilidad de diseñar su propio proyecto de vida, de elegir libremente los medios para concretarlo y de poner en marcha las estrategias adecuadas para su realización.

 (\*) Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Abogada en ejercicio de la profesión. Investigadora, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del equipo de investigación jurídica dirigido por la Dra. Aída Kemelmajer. Integrante de la Subcomisión de Derecho Familiar del Proyecto de reforma del Código Civil de 2012.

 (1) Wislawa Szymborska, citada por Serrano, Marcela, Diez mujeres, Alfaguara, Buenos Aires, 2011, prefacio.

 (2) Elaborado por la comisión integrada por Lorenzetti, Highton, Kemelmajer, creada por decreto presidencial 191/2011, expte. 884-12-PE.

 (3) Art. 437: "Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges".

 (4) El art. 524 expresa: "Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez".

 (5) Conf. Roca i Trías, María Encarnación, Familia y cambio social (de la "casa" a la persona), Civitas, Madrid, 1999, p. 199.

 (6) En Francia, se encuentra regulada del art. 270 al 281 del Code. El art. 270, que define la institución como una prestación destinada a compensar en tanto sea posible la disparidad que la ruptura matrimonial crea en las condiciones de vida respectivas, fue modificado por la ley 2004-439 del 26/5/2004. Textualmente expresa que "le divorce met fin au devoir de secours entre époux l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge. Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture"

 (7) Código Civil español, art. 97, redactado conforme la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (Boletín Oficial del Estado, nro. 163, del 9/7/2005, ps. 24.458-24.461).

 (8) El art. 113, Código de El Salvador, bajo el título "Pensión compensatoria", expresa que "si el matrimonio se hubiere contraído bajo el régimen de separación de bienes, o si habiendo existido un régimen de comunidad su liquidación arrojare saldo negativo, el cónyuge a quien el divorcio produjere desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a una pensión en dinero que se fijará en la sentencia de divorcio, de acuerdo con las pruebas que al efecto se hubieren producido" (www.cnj.gob.sv [1/10/2012]).

 (9) Ampliar en Fanzolato, Eduardo I., "Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges", RDPyC 2001-I, Alimentos, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 20.

 (10) La Ley de Matrimonio Civil de Chile 19.947 de 2004, art. 61: "Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa" (www.bcn.cl [1/10/2012]).

 (11) Compulsar Veloso Valenzuela, Paulina, "Algunas reflexiones sobre la compensación económica", en Grosman, Cecilia P. - Herrera, Marisa, Hacia la armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 167.

 (12) Compulsar Fanzolato, Eduardo, "Prestaciones compensatorias...", cit., ps. 19 y ss. Este autor distingue entre las prestaciones compensatorias civiles y las prestaciones compensatorias previsionales, abonadas a los cónyuges divorciados por el respectivo sistema de retiro o jubilación mediante un cálculo compensatorio de los aportes realizados por uno o por ambos ex esposos durante la vida conyugal, con el propósito de que los dos se beneficien igualmente de las cotizaciones pagadas por ellos a título individual mientras duró el matrimonio. Ver también el antecedente de Grosman, Cecilia P., "Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados", LL 1982-A-750.

 (13) Sup. Corte Bs. As., 25/11/2011, "L., A. B. v. C., E. L. Divorcio contradictorio. Beneficio", C. 98.408, www.scba.gov.ar/jurisprudencia.

 (14) Para un panorama más completo sobre el sistema alimentario posdivorcio, compulsar Sambrizzi, Eduardo A., "Sobre la conveniencia de modificar el régimen de alimentos vigente en materia de separación personal y divorcio", LL 2001-F-1377.

 (15) De Lázzari partió de la idea que en el caso resultaba bastante difícil garantizar la igualdad real, pues la ex esposa recurrió al divorcio subjetivo precisamente porque la única vía admitida en el Código Civil para alcanzar la mentada igualdad sustancial está ligada al factor de atribución de la culpa. Reflexionó que la ausencia de legislación infraconstitucional para aminorar las consecuencias adversas de estas situaciones "impone ir más allá y formular otro tipo de consideraciones".

 (16) Siguiendo la opinión de Fanzolato, el voto desarrolló el concepto de "prestación compensatoria previsional" como una compensación preventiva del enriquecimiento sin causa que se daría en caso de que el titular pudiera aprovecharse en exclusiva de un beneficio previsional obtenido sobre la base de aportes que se hicieron durante el transcurso del matrimonio. "Por ello, cada uno de los ex cónyuges tiene derecho a compartir las expectativas o los beneficios generados por el otro, en proporción al tiempo de su disuelto matrimonio durante el que se pagaron las cotizaciones", Fanzolato, Eduardo I., "Prestaciones compensatorias...", cit., p 76.

 (17) Por ello la doctrina española caracteriza las prestaciones compensatorias como "sujetas al principio de rogación" (ampliar en Saura Alberdi, Beatriz, La pensión compensatoria. Criterios delimitadores de su importe y extensión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 65).

 (18) Compulsar Veloso Valenzuela, Paulina, "Algunas reflexiones...", cit., p. 167.

 (19) El punto es que las bases de sustentación del derecho familiar han cambiado, el sistema de principios que emana de la Constitución y del sistema de los derechos humanos incorporado por el art. 75, inc. 22, se ha ampliado, redefinido, expandido y superado. En muchos aspectos, el plano normológico ya no responde al techo axiológico del derecho de los derechos humanos ni al piso sociológico de la realidad.

 (20) El art. 97, Código Civil español, establece: "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2º La edad y el estado de salud. 3º La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4º La dedicación pasada y futura a la familia. 5º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7º La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8º El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9º Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad". Este artículo ha sido redactado conforme la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (Boletín Oficial del Estado, nro. 163, del 9/7/2005, ps. 24.458-24.461).

 (21) Conf. Roca i Trías, María Encarnación, Familia y cambio..., cit., ps. 142 y ss. Para la autora, la consagración del divorcio sin culpa lleva a la conclusión de que la pensión constituye un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo por el desequilibrio económico consecuencia de la separación y el divorcio (lo que no implica que tenga naturaleza de responsabilidad civil).

 (22) Conf. Veloso Valenzuela, Paulina, "Algunas reflexiones...", cit., p. 181.

 (23) El Código de El Salvador establece, además, que en la misma sentencia se fijarán las garantías para hacer efectiva la pensión compensatoria. (art. 113, Código de Familia de El Salvador).

 (24) Art. 442: "Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad: a falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo".

 (25) El Código de Familia de El Salvador (art. 113) señala que "para determinar la cuantía de esta pensión y las bases de la actualización, se tomarán en cuenta los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud del acreedor, la calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación personal pasada y futura a la atención de la familia, la duración del matrimonio y la de convivencia conyugal, la colaboración con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge y el caudal y medios económicos de cada uno".

 (26) Ampliar en Fanzolato, Eduardo I., "Prestaciones compensatorias...", cit., p. 41.

 (27) Para ampliar, ver los antecedentes europeos tratados por Bossert, Gustavo A., en Régimen jurídico de los alimentos, 2a ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 68 y ss.

 (28) El art. 107, Código de Familia de El Salvador, se ocupa de los alimentos para el cónyuge enfermo o el necesitado, siempre que hubiera sido inocente: "Cuando proceda decretarse el divorcio y el cónyuge que no haya participado en los hechos que lo originaron adoleciere de discapacitación o minusvalía que le impida trabajar, o hubiere sido declarado incapaz y no tuviere medios de subsistencia suficientes, el divorcio se decretará estableciendo el pago de una pensión alimenticia, que se fijará de acuerdo con las posibilidades económicas del obligado y con las necesidades especiales del alimentario; aplicándose en lo demás las reglas generales prescriptas para los alimentos".

 (29) Conf. Fanzolato, Eduardo I., "Prestaciones compensatorias...", cit., p. 37.

 (30) Sobre la cuestión, explica Roca i Trías que estas compensaciones no deben confundirse con los alimentos, que son una obligación que se estructura en torno al concepto de necesidad, son proporcionados a la fortuna de quien debe prestarlos y a las necesidades de quien los acredita y, además, la obligación de prestarlos y el derecho a reclamarlos son irrenunciables (ampliar en Roca i Trías, María Encarnación, Familia y cambio..., cit., ps. 142 y ss.). Puede verse también un excelente trabajo de Grosman, Cecilia P., "Tendencias actuales...", cit., p. 750.

 (31) Explica que siendo posterior al divorcio y consecuencia del desequilibrio económico que éste produce, para saber si existe desequilibrio y el consiguiente derecho hay que determinar todas las compensaciones que recibe el cónyuge que las reclama. En su opinión, también debe tenerse en cuenta el resultado de la liquidación del régimen de bienes que haya regido las relaciones económicas entre los cónyuges durante el matrimonio y los pactos sobre atribución de la vivienda. Ampliar en Roca i Trías, María Encarnación, Familia y cambio..., cit., p. 187.

 (32) Compulsar Fanzolato, Eduardo I., "Prestaciones compensatorias...", cit., p. 30.

 (33) Prestigiosa doctrina nacional reflexiona sobre la progresiva intensificación de la "feminización de la pobreza" que se vive en muchos sectores sociales. Este proceso es circular, pues las tasas de analfabetismo femenino, la división sexual del trabajo y las jerarquías sociales que se construyen a raíz de esa división no permiten salir de aquél y perpetúan una desigualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para acceder al mercado laboral, que afecta sustancialmente las posibilidades de muchas mujeres de alcanzar su "autonomía económica" (para ampliar, compulsar Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, t. II, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 906).