

LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS DIVORCIADAS EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

SUMARIO

I. Antecedentes de la reforma del Derecho de familia. Divorcio: 1. Motivos de la reforma. 2. Finalidades de la reforma.—II. Contenido de la reforma del Derecho de familia.—III. Los efectos del divorcio con respecto a la Seguridad Social: 1. Introducción. 2. Ramas de seguro afectadas por el Derecho de familia. 3. La fórmula de cálculo de las pensiones. 4. El procedimiento del «reparto de expectativas de pensión». 5. Efectos del «reparto de expectativas de pensión»: 5.1. Transferencia de expectativas de pensión de un cónyuge a otro: 5.1.1. Efectos para los dos cónyuges. 5.1.2. Cuando los cónyuges divorciados no son pensionistas: a) Efectos para el cónyuge al que le han sido transferidas expectativas de pensión; b) Efectos para el cónyuge al que le han sido restadas expectativas de pensión. 5.1.3. Efectos cuando uno o ambos cónyuges son pensionistas en la fecha del divorcio. 5.1.4. Efectos con respecto a las pensiones de sobrevivientes. 5.2. Atribución de expectativas de pensión con cargo a un cónyuge. 5.3. Abono de cuotas por parte de un cónyuge a favor de otro.—6. Acuerdo de los cónyuges sobre el reparto de expectativas de pensión. 7. La prestación de supervivencia en favor del cónyuge divorciado

I. ANTECEDENTES DE LA REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA. DIVORCIO

1. *Motivos de la reforma*

Una vez aceptada la situación de divorcio, sea por mutuo acuerdo, por quiebra del matrimonio, o por culpabilidad de uno de los cónyuges, el problema fundamental radica no sólo en la atribución de los hijos si los hubiere,

sino en el reparto de determinados derechos y bienes adquiridos o en curso de adquisición durante el tiempo que ha durado el estado matrimonial.

Para algunos, la situación civil del divorciado ha de considerarse como determinante de derechos que tienen su origen en la existencia del matrimonio y en su posterior quiebra; para otros, la nueva situación no debe contemplar aquellos derechos o expectativas de los mismos derivados del estado matrimonial a favor de uno o ambos cónyuges.

Tal disparidad de criterios eran los que existían en la República Federal de Alemania antes de acometer la reforma del año 1977 del Derecho de familia.

La legalidad vigente, antes de dicha reforma, estaba considerada popularmente como anacrónica y generadora de situaciones sociales no aceptadas por más tiempo por la sociedad, sobre todo con respecto al cónyuge divorciado que no había sido trabajador durante el matrimonio, bien porque las necesidades del hogar se lo impedían, bien porque el cuidado de los hijos era considerado por ambos cónyuges prioritario a ser trabajador (1). En ambos casos, el cónyuge «renunciaba» a formar un patrimonio propio y no derivado de Seguridad Social.

Otra de las incongruencias de la normativa previa era su regulación con respecto al cónyuge divorciado no trabajador que era declarado culpable de la quiebra conyugal: No tenía derecho a la prestación de alimentos durante la vida del otro cónyuge, pero, sin embargo, una vez fallecido éste, tenía derecho a la pensión de supervivencia. La prestación que se le negaba durante la vida del cónyuge se le otorgaba una vez fallecido el mismo.

Esta solución no se cuestionaba tanto porque el cónyuge divorciado no trabajador y culpable tenía derecho a una pensión de supervivencia de la Seguridad Social, sino porque ésta la comenzaba a percibir generalmente no antes de encontrarse incapacitado para trabajar o cuando era mayor de sesenta y cinco años de edad (2).

Otro de los motivos que indujo políticamente a llevar a cabo la reforma,

(1) FRANZ RULAND, págs. 366 y sigs., en «Fam. R. Z.», 1975; WANNAGAT, en «50 Jahre der BfA», 1973, Berlín, y ZACHER, en D. R. V., 1977, págs. 197 y sigs., Frankfurt. Por el contrario, la Comisión sobre la Reforma de la Seguridad Social de la Mujer y la Sociedad, BT-Dr 7/5866, págs. 15 y sigs., y VON MAYDELL en USRR, 1976, págs. 206 y sigs., entre otros, opinaban que el divorcio era un estado civil nuevo, pero que a efectos de Seguridad Social no debía ser considerado como factor de extinción o de nacimiento de derechos.

(2) Esta afirmación es conclusión del análisis del informe estadístico que facilita anualmente el Gobierno de la nación al Parlamento. Por ejemplo, en el año 1973 había más de 308.000 mujeres divorciadas mayores de cincuenta y cinco años de edad.

consistía en que en el 63,6 por 100 del total de divorciados se trataba de matrimonios con hijos que necesitaban del cuidado de otra persona (3), razón que había impedido a la madre realizar una actividad con regularidad y que había de seguir impidiéndola después del divorcio si le era atribuida la patria potestad y el cuidado de sus hijos.

2. Finalidades de la reforma

En diversos estudios publicados durante la fase de elaboración de la Ley, se consideraba que ésta se debía aprovechar para introducir entre otras las siguientes enmiendas a la Ley preexistente (4):

— *La reforma debe tomar en consideración la igualdad del hombre y de la mujer* (5); el estado civil de las personas no debe influir en ningún caso para desvirtuar este principio. La desigualdad de trato por la Seguridad Social entre el viudo y la viuda debe eliminarse (6).

— *Los derechos de la Seguridad Social con respecto al nuevo estado civil no deben experimentar ninguna alteración por imputar a uno de los cónyuges la culpabilidad en el divorcio.* La imputación de culpabilidad a la esposa no trabajadora por cuestiones familiares no debe suponer para la misma la pérdida de los derechos adquiridos o en curso de adquisición frente a la Seguridad Social. La Seguridad Social debe mantenerse al margen de las causas de la quiebra matrimonial.

— *Los derechos que otorga la Seguridad Social deben ser considerados como bienes gananciales,* en tanto que aquéllos se hayan adquirido durante la existencia del vínculo matrimonial.

— *El divorcio debe ser considerado por la Seguridad Social como estado constitutivo de derechos,* teniendo en cuenta los ya adquiridos o en curso de adquisición durante el estado civil previo (7).

(3) Fuente: BT-Dr 7/650, pág. 245 (cuadro 6.º).

(4) «Familiärer Unterhalt und Leistung der Sozialen Sicherheit»; FRANZ RULAND, Dunker Humblot, Berlín, 1973; págs. 395 y sigs.

(5) Art. 3, apartado 2 de la Constitución.

(6) A este respecto, véase la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 6 junio 1978 (1, BvR, 102/76, en cuya pág. 6 se dice: «La pensión a la viuda se considera como renta de sustitución del sostén económico del matrimonio y debería tenerse en cuenta para la determinación de su importe la situación económica y familiar del matrimonio. En la vigente legislación sólo se consideran los ingresos del esposo sin tener en cuenta la actividad profesional e ingresos económicos de la viuda. Los ingresos del esposo son sólo un factor del nivel económico familiar.»

(7) Algunos de estos presupuestos de los que se parte para acometer la reforma se contradicen con lo que el informe Beveridge mantiene cuando trata el tema de

Los titulares de estas ideas las fundamentaban en que el matrimonio constituye una unidad económica y que la situación económica familiar se mantiene por los ingresos económicos de los dos cónyuges (8).

En el centro de las discusiones de la opinión pública en torno a la reforma latía «la reforma de la Seguridad Social del cónyuge no trabajador» (9), ello quizá porque en muchos casos, en la fecha en que se producía el divorcio, los bienes adquiridos durante el matrimonio no eran bienes materiales susceptibles de reparto, sino una serie de derechos y beneficios sociales derivados de la Seguridad Social (patrimonio social).

Hubo quienes defendían que la Seguridad Social, en caso de divorcio, debe proteger exclusivamente al cónyuge divorciado sin ingresos económicos y con hijos a cargo (10). La proposición se concretaba en la implantación de una rama de seguro obligatorio para el caso de divorcio, fundamentándola en que los hijos a cargo constituyen un impedimento para poder ejercer una actividad profesional (11).

Otros defendían que reducir la reforma a garantizar la protección de la mujer divorciada con hijos a cargo, era negar parte de los fines que actualmente tiene encomendada la Seguridad Social, como, por ejemplo, la concesión de pensión de supervivencia a las viudas, sean divorciadas o no, y tengan o no hijos a cargo; la protección por maternidad, etc.

Para terminar con la enumeración de las posturas mantenidas por la opinión pública y por la doctrina, citamos la expuesta por Franz Ruland en su tesis doctoral leída en la Universidad del Sarre en el año 1972.

La propuesta Ruland, como comúnmente se la conoce, considera que la reforma no debe introducir ninguna rama del seguro específica para el

divorcio: «El divorcio, la separación legal, la deserción y la separación voluntaria, pueden ocasionar necesidades análogas a la viudez. Difieren de la viudez en dos aspectos: que pueden ocurrir por culpa o con el consentimiento de la esposa, y que, excepto en el caso de que ocurran por culpa o con el consentimiento de ella, dejen incólume la responsabilidad del marido para dar el sustento... El reconocimiento de las amas de casa como componentes de una rama especial de seguros, que desempeña un servicio necesario, no por paga, implica que, si el matrimonio termina por otra causa que la viudez, a menos que el sustento del matrimonio lo haya perdido por su culpa o por acción voluntaria sin causa justa...»

(8) Tanto en Alemania como en España, a efectos fiscales el matrimonio está considerado como unidad económica, salvo circunstancias especiales.

(9) Exposición de motivos del anteproyecto de Ley BT-Dr 266/71, y 566.

(10) Véase a este respecto *Der Spiegel*, núm. 4, año 1970.

(11) En Italia, la Ley de 5 de marzo de 1963, núm. 389, sobre la Seguridad Social del ama de casa tuvo muy poco éxito. Hasta el 31-XII-1966 sólo había 17.855 aseguradas. Véase, para más amplitud, HÖFER FRANKEN: «Die Soziale Sicherung der nicht berufstätigen Hausfrau in Frankreich, Belgien», Universidad del Sarre, 1972, tomo 13.

ama de casa y la reforma debe centrarse principalmente en regular la protección del ama de casa a fin de que, aún rompiéndose la unidad económica del matrimonio, quede aquella protegida contra los riesgos individuales, con independencia de si tiene o no hijos a cargo.

Esta postura partía de la base de considerar las cuotas ingresadas durante el matrimonio de los cónyuges como *bienes gananciales*. Los ingresos económicos del matrimonio pueden provenir tanto de rentas salariales como de prestaciones sociales (adquiridas o en curso de adquisición) y tanto en uno como en otro caso «si estos ingresos actualmente son considerados como bienes gananciales, el dinero con que se han 'comprado' estos derechos no pueden ser considerados más que bienes gananciales».

II. CONTENIDO DE LA REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA

La primera reforma de la Ley del Derecho de familia que ha entrado en vigor el 1 de julio de 1977 es más que una Ley sobre el divorcio. En primer lugar pretende ser una auténtica Ley sobre la familia.

Indiscutiblemente el legislador alemán aceptó la exigencia social en la medida en que la Ley de reforma ha abandonado definitivamente la consagración de que el matrimonio se celebraba para declarar a la mujer como «ama de casa». El art. 1.536 del Código Civil alemán (en adelante B. G. B.-Bürgerliches Gesetzbuch), reconocía a la mujer el derecho a ejercer una actividad sólo cuando «las obligaciones del matrimonio y de la familia se lo permitan». Este texto normativo concebía la actividad profesional de la mujer como una excepción, a pesar de que había más de diez millones de mujeres realizando una actividad por cuenta ajena, de las cuales seis millones estaban casadas (12).

La Ley de la reforma renuncia por este motivo y por el principio de igualdad de trato a establecer un reparto de funciones en el matrimonio (13).

(12) En la R. F. de Alemania, en el año 1979, el 48 por 100 de las mujeres en edad laboral se encontraban ejerciendo un trabajo remunerado. (Fuente: Ministerio de Trabajo y Ordenación Social, Bonn.)

(13) En la memoria justificativa del anteproyecto de ley el Gobierno establecía: «La determinación de funciones del hombre y de la mujer en el matrimonio no puede ser defendida por más tiempo teniendo en cuenta el grado de desarrollo alcanzado por el principio de igualdad. Si esto no se hiciera, se estaría en contradicción con el concepto actual del matrimonio como sociedad de convivencia, cuya configuración individual debe quedar reservada a las partes a las que se les atribuyen iguales derechos y obligaciones. La ley no puede ser ajena a esta realidad.» «Das erste Gesetz sur

La nueva redacción del artículo 1.536 del B. G. B. reconoce el derecho a los dos cónyuges a ejercer una actividad profesional. Las tareas del hogar no se consideran por dicho texto legal como función específica de la mujer. Estas «serán realizadas de común acuerdo» (art. 1.356, apartado 1, del B. G. B.). Deja de ser privativo del marido el ser considerado como cabeza de familia o el derecho a celebrar en nombre de la sociedad legal del matrimonio contratos vinculantes para los dos cónyuges por igual.

Aun cuando la Ley de reforma sea algo más que una Ley sobre el divorcio, la nueva regulación del mismo tiene una importancia especial en el conjunto de la misma. Esta no introduce modificación alguna cuando se refiere a que el divorcio sólo puede ser decretado por órganos judiciales («Familienrichter», el juez de familia), los cuales deciden en un solo acto si debe concederse el divorcio y los efectos derivados del mismo (atribución de los hijos, derecho a alimentos, distribución de cuotas de la Seguridad Social, sobre los derechos pasivos, etc.). Introduce, sin embargo, modificaciones esenciales por lo que se refiere a las causas del divorcio.

La Ley derogada exigía la culpabilidad de uno de los cónyuges para que pudiera darse el divorcio. Establecía que los cónyuges sólo podían divorciarse cuando se dieran hechos contrarios a las relaciones matrimoniales y pudieran ser imputables a una de las partes (14). La nueva Ley (art. 1.565 del B. G. B.) permite el divorcio cuando el matrimonio ha fracasado y los cónyuges viven un año separados, o cuando viviendo separados menos de un año se considere que el matrimonio ha fracasado y la convivencia suponga una situación insostenible para el cónyuge solicitante de la declaración de divorcio.

Se considera que el «matrimonio ha fracasado cuando no existe convivencia de los cónyuges y no se puede esperar que ésta se llegue a restablecer» (15). El juez que tiene que declarar el divorcio no investiga las causas del mismo, sino la constatación de la no convivencia. En este aspecto, la nueva Ley incorpora la jurisprudencia, la cual *reconocía en determinadas circunstancias el divorcio por mutuo acuerdo*. El divorcio por mutuo acuer-

Reform der Ehe und Familienrechts» del 14-VI-1974, pág. 110. Ministerio de Justicia, noviembre 1976, Bonn.

(14) El iniciador de esta reforma de la familia, Gustav Heinemann, que fuera posteriormente Presidente de la República, en un discurso ante el Parlamento alemán el día 10-III-1970, decía: «Es como si en todos los actos bilaterales de la vida humana tuviéramos que encontrar un culpable para poder legislar. El matrimonio nace por mutuo acuerdo y, por tanto, el deseo de las dos partes es el que debe predominar en todo el proceso del divorcio.» (Debates parlamentarios, BT, 1970, Bonn).

(15) Artículo 1.575, apartado 1, del B. G. B.

do se ha aceptado legalmente y es posible cuando los cónyuges han vivido separados un año y ambos lo solicitan, o han vivido separados un año y uno de ellos solicita el divorcio y el otro no se opone a la petición. En el supuesto de que los cónyuges no convivan durante tres años, se presume, que el matrimonio ha fracasado, en cuyo caso el divorcio puede ser declarado previa demostración de esta circunstancia.

El legislador no es, sin embargo, ajeno al hecho de que en determinadas situaciones no puede accederse a la petición de divorcio. Este es el caso cuando por motivos especiales y excepcionales se consiedra que el mantenimiento del matrimonio, a pesar de haber fracasado, va a redundar en beneficio de los hijos menores de edad habidos durante el mismo. Tampoco se accede a la petición de divorcio cuando el cónyuge que no ha solicitado el divorcio lo rechaza por la grave situación económica y social en que lo situaría su concesión (16). Esta circunstancia no se tiene en cuenta cuando los cónyuges viven separados más de cinco años (art. 1.568 del B. G. B.).

Como hemos relatado anteriormente, la imputación de culpa a uno de los cónyuges tenía efectos directos en la situación económica de ambos cónyuges divorciados, por lo que al no requerir la nueva Ley culpabilidad de uno de ellos, se hizo necesario buscar una nueva regulación de las relaciones económicas derivadas del divorcio.

Actualmente se parte del principio de que aquel cónyuge *que no puede mantenerse por sí mismo* después de haber sido declarado el divorcio tiene derecho a exigir alimentos al otro cónyuge (art. 1.596 del B. G. B.).

Sin embargo, en lo sucesivo ninguno de los cónyuges divorciados puede exigir a otro el derecho a alimentos cuando tiene medios de subsistencia propios o puede adquirirlos desarrollando una actividad adecuada a su formación profesional, la cual tiene la obligación de desarrollar, salvo en los casos en que les es imposible por tener hijos a cargo necesitados de su asistencia (menores o incapacitados), o por estar afectado por una incapacidad física (arts. 1.570, 1.572 y 1.574 del B. G. B.).

En el caso de que uno de los cónyuges tenga derecho a alimentos frente al otro, la cuantía económica por este concepto tiene que guardar relación con *el nivel de vida mantenido durante el matrimonio*. Este derecho del cónyuge divorciado persiste incluso cuando el cónyuge obligado a prestar los alimentos contrae nuevo matrimonio, y más aún (art. 1.582 del B. G. B.), la

(16) La ley no acepta que la declaración de divorcio sea declarado cuando uno de los cónyuges demanda dicha declaración aprovecha esta circunstancia en un momento coyuntural que puede causar un perjuicio en el *status* social del otro cónyuge (por ejemplo, que constituya pérdida de reputación para ejercer determinadas funciones públicas o profesiones liberales, etc.).

nueva ley no contempla las necesidades del cónyuge obligado a prestar alimentos cuando contrae nuevas nupcias (17).

III. LOS EFECTOS DEL DIVORCIO CON RESPECTO A LA SEGURIDAD SOCIAL (18)

1. *Introducción*

La categorización de las cuotas a la Seguridad Social como bienes gananciales a efectos de su reparto entre los cónyuges en caso de divorcio a efectos de conservación de los derechos de Seguridad Social en curso de adquisición son quizás el principio de una amplia reforma de la Seguridad Social de la mujer y de los sobrevivientes emprendida en la República Federal de Alemania en el año 1972.

(17) La Comisión de la Familia del Parlamento ratificó el anteproyecto del Gobierno afirmando que «cada cónyuge, dentro de sus posibilidades económicas, es libre de asumir todas las responsabilidades que desee, siempre que queden garantizadas las obligaciones contraídas durante el primer matrimonio.

La prioridad en este aspecto del cónyuge divorciado se considera adecuada, porque el nuevo cónyuge del segundo matrimonio conoce tanto los hijos habidos durante el primer matrimonio como la duración del mismo, así como las obligaciones económicas derivadas de él. Al cónyuge del segundo matrimonio se le puede exigir acepte con responsabilidad la situación así como que adecúe su forma de vida a la nueva situación».

Igualmente, la Comisión prosigue: «Con esta regulación somos conscientes que en un alto porcentaje el segundo matrimonio forzosamente debe prescindir de tener hijos, porque sólo puede procurarse los medios de subsistencia trabajando los dos cónyuges. Pero si el segundo matrimonio tuviera hijos, en muchos de los casos, tanto el cónyuge divorciado como el segundo matrimonio tendrán que recurrir a la asistencia social. En este punto, la Comisión Parlamentaria para la Reforma del Derecho de familia coincide con la opinión expresada por el Gobierno en el sentido de que al segundo matrimonio se le cargue con una 'hipoteca económica' que debe ser compartida por el nuevo cónyuge.»

Esta regulación, como ya indicaba la revista *Der Spiegel*, núm. 48, del 26-XI-1979, a los dos años de su entrada en vigor, ha supuesto un descenso en el número de divorcios, así como un descenso en el número de divorciados que han contraído nuevas nupcias.

(18) La nulidad del matrimonio tiene los mismos efectos que el divorcio con respecto a la Seguridad Social, según el artículo 26 de la «Ehegesetz» y el artículo 623 del «Zivilprozessordnung», en tanto uno de los cónyuges lo solicite, y no mediando solicitud, cuando los hechos determinantes de la nulidad del matrimonio eran desconocidos o conocidos por *ambos* cónyuges.

No es éste el lugar apropiado para estudiar este último tema, pero sí para apuntar que la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 17 de marzo de 1975 apunta en este sentido al obligar al Gobierno a presentar antes del 1-I-1984 un anteproyecto de Ley para la reordenación de los derechos de Seguridad Social de los sobrevivientes teniendo en cuenta para ello el principio de igualdad de trato entre hombre y mujer.

Volviendo a retomar el tema objeto de este estudio, apuntemos, para analizar los efectos del divorcio con respecto a la Seguridad Social, que el artículo 1.587 del B. G. B. («Bürgerliches Gesetzbuch») establece «el reparto de expectativas de pensión» entre cónyuges divorciados, cuando durante el matrimonio uno o los dos ha cubierto el período de carencia para causar derecho a prestaciones por invalidez o vejez o están en curso de cubrirlo. En el mismo artículo se prevé que dicho reparto sólo se lleva a cabo cuando las expectativas de pensión hayan sido financiadas con bienes gananciales o con medios económicos adquiridos con motivo del desarrollo de una actividad profesional de la comunidad familiar.

Antes de proseguir con la descripción, creemos que se hace necesario explicar el significado del término «reparto de expectativas de pensión» («Versorgungsausgleich»), que no es desde luego tan omnicomprendivo como en su versión original. Se trata de un término al que la doctrina y la jurisprudencia han dado un significado muy concreto y que el legislador ha aceptado.

Brevemente puede decirse que el significado de la palabra «Versorgung» en este contexto es toda clase de manifestaciones del aseguramiento de personas. El término «ausgleich» significa compensar, igualar, repartir.

Una vez hecha esta aclaración diremos que el «reparto de expectativas de pensión» se lleva a cabo:

a) O bien transfiriendo las expectativas de una pensión de un cónyuge a otro;

b) o atribuyendo expectativas de una pensión con cargo a un cónyuge;

c) u obligando a un cónyuge al abono de cuotas en favor del otro.

La finalidad del reparto es constituir una carrera de seguro independiente para cada cónyuge una vez divorciados, aun cuando dicha carrera de seguro tenga su origen en una relación individual de aseguramiento.

El ministro federal de Justicia proponía llevar a cabo el reparto aplicando las siguientes fórmulas: «por una parte considerando las cuotas como bienes gananciales con características particulares», y que más adelante analizaremos, y, la otra, consecutiva de la primera, «arbitrando los medios técnicos necesarios que permitan el trasvase de cuotas o los derechos derivados de

las mismas entre los cónyuges, aunque formalmente hayan sido satisfechas como consecuencia de relaciones jurídicas individuales» (19).

2. *Ramas de seguro afectadas por el Derecho de familia*

La siguiente relación de disposiciones o ramas de seguro afectadas por la primera reforma del Derecho de familia es intencionadamente incompleta; reflejar con carácter exhaustivo las normas afectadas y no afectadas llevaría indudablemente a explicar de alguna forma el contenido de las propias normas para poder comprender los motivos de su exclusión o inclusión.

El ámbito de aplicación objetivo de la reforma del Derecho de familia con respecto al «reparto de expectativas de pensión» comprende el seguro de pensiones de los obreros, empleados, mineros, marinos, autónomos y agricultores, incluidas las pensiones derivadas del seguro de mejora de pensiones a estas ramas de seguro y las cuotas abonadas a las mismas; derechos pasivos de los jueces, de los funcionarios civiles y de los militares; las rentas provenientes del seguro privado y las primas abonadas al mismo (20).

También están incluidos en el ámbito de aplicación las pensiones y los períodos de cotización de súbditos alemanes a sistemas de Seguridad Social extranjeros (21). No se puede precisar la aplicación de dicha norma si la legislación en la que han sido efectuadas las cotizaciones no permite la disgregación de las mismas entre los dos cónyuges por considerar que las cuotas tienen su origen en una relación jurídica individual.

Iguales dudas suscita su aplicación por parte de los Institutos de Pensiones alemanes en tanto los convenios bilaterales o multilaterales contengan fórmulas parecidas a las siguientes para el cómputo de períodos de cotización:

«Para la adquisición, conservación o recuperación del derecho a una pensión, el organismo competente de cada Estado contratante totalizará... los períodos de seguro que deban computarse a tenor de las disposiciones legales internas por dicho organismo...» (22); o «toda institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición o la

(19) Del informe del ministro federal de Justicia al Bundestag el 29-VII-1975.

(20) Art. 1.587 a), I y II, del B. G. B.

(21) Art. 1.587 a), II, apartado 4.º, del B. G. B.

(22) Art. 22 del Convenio Hispano-Alemán sobre Seguridad Social de 4 de diciembre de 1973, *BOE* de 28-X-1977.

recuperación del derecho a las prestaciones, al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro o de empleo computará... los períodos de seguro o de empleo cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro...» (23). Es decir, que el número de períodos de cotización viene determinado exclusivamente por la legislación del país donde se han efectuado las cuotas.

Están excluidas del ámbito de aplicación determinadas prestaciones que tengan carácter indemnizatorio como por ejemplo las prestaciones a víctimas de guerra, a perseguidos por razones políticas; las prestaciones y períodos de cotización al seguro de desempleo; las prestaciones de la asistencia social, etc.

Queda también excluida del ámbito objetivo la rama del seguro de accidentes de trabajo fundamentando su exclusión en que el asegurado no contribuye a su financiación, no existiendo, por tanto, cuotas obreras que puedan ser consideradas como bienes gananciales.

Por tanto, actualmente, en todo el sistema de Seguridad Social alemana no se prevén otras pensiones al cónyuge divorciado salvo las que otorga el seguro de accidentes de trabajo, lo que supone el mantenimiento de la antigua fórmula de protección al cónyuge divorciado, con algunas adecuaciones en la nueva Ley sobre la familia.

A este respecto, según el art. 548 y siguientes del R. V. O. la esposa divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia si su ex cónyuge fallece como consecuencia de un accidente de trabajo. Los requisitos para su concesión es que la solicite y que el accidentado estuviera obligado a prestarle alimentos, o, por lo menos, los hubiera prestado durante el año inmediatamente anterior a su fallecimiento. La pensión tiene efectividad desde la fecha de solicitud y su duración será en tanto que el fallecido «hubiera estado obligado a prestarle alimentos» (24).

Esta clase de pensión se reconoce a la esposa divorciada que no haya contraído nuevas nupcias antes del fallecimiento de su ex cónyuge (25).

Cuando el fallecido por accidente de trabajo hubiera contraído nuevas nupcias antes de su fallecimiento, la viuda y la esposa divorciada simultáneamente tienen derecho a la pensión de supervivencia. La cuantía de la pensión por supervivencia se reparte entre las dos o más esposas en función de los años en que haya existido el vínculo matrimonial de cada una de ellas con el fallecido.

(23) Art. 18 del Reglamento núm. 1.408/71 de las C. E.

(24) Art. 1.587, I, 2, del B G. B.

(25) Art. 592 del R. V. O.

- Otra particularidad del seguro de accidentes de trabajo a este respecto, y que merece la pena resaltar en esta apretada síntesis de su regulación, es aquélla que se refiere a la esposa divorciada que ha causado derecho a la pensión y contrae nuevas nupcias. En este supuesto la Ley prevé la concesión de una cantidad a tanto alzado equivalente a sesenta meses de su pensión mensual; pero, si el nuevo matrimonio es declarado nulo o se produce una posterior situación de divorcio nace nuevamente la pensión derivada del fallecimiento de su primer esposo desde el día en que lo solicite.

3. *La fórmula de cálculo de las pensiones*

En la introducción de este apartado dejamos expuesto que el reparto se lleva a cabo de tres formas, las cuales vamos a analizar a continuación.

Antes de iniciar la exposición de cada una de ellas, consideramos necesario una sucinta referencia a la fórmula de cálculo de las pensiones en el seguro de pensiones (26), así como una definición de los factores que determinan la cuantía de las mismas.

Los factores que se tienen en cuenta para fijar la cuantía de las pensiones son: 1.º, el número de años de cotización del asegurado. Por períodos de cotización se entienden tanto los de cotización efectiva como los de cotización ficticia (27); 2.º, la media nacional anual de ingresos de todos los asegurados durante el período de cotización del asegurado; 3.º, los salarios anuales por los que el asegurado ha cotizado; 4.º, la media nacional anual de ingresos de todos los asegurados en la fecha del hecho causante de la prestación.

El cálculo de la pensión se lleva a cabo *determinando la base reguladora de la pensión*, para lo cual se halla, por períodos anuales la relación porcentual existente entre los factores 2.º y 3.º antes citados para determinar a continuación el promedio de todos estos porcentajes. Este a su vez se multiplica por la media nacional anual de ingresos de todos los asegurados en la fecha del hecho causante de la prestación (factor 4.º antes expuesto). El

(26) Cuando la doctrina alemana habla genéricamente del seguro de pensiones se está refiriendo al seguro de pensiones de los obreros, de los empleados, de los mineros, de los marinos y de los artesanos, y así vamos a hacer nosotros en esta exposición cuando nos refiramos a él.

(27) Sobre el concepto de cada uno de ellos, véase la pág. 99 de los «Cuadros comparativos de los regímenes de Seguridad Social aplicables en los Estados miembros de las Comunidades Europeas y en España». Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, 1979, Madrid.

resultado de esta serie de operaciones es la base reguladora de la prestación.

El importe de la pensión es el resultado de aplicar a la base reguladora un factor de incremento derivado de los años de cotización del asegurado y de la clase de pensión de que se trate.

4. *El procedimiento del «reparto de expectativas de pensión»*

La transferencia de expectativas de pensión de un cónyuge a otro, fórmula a) citada en la introducción de este apartado, es la distribución en partes iguales de los beneficios derivados de las cuotas ingresadas por uno o ambos cónyuges durante el matrimonio, para lo cual se ha establecido el procedimiento siguiente:

Se calcula *la pensión de vejez que a cada cónyuge le hubiera correspondido en la fecha de declaración judicial de divorcio* teniendo en cuenta para ello exclusivamente las cuotas abonadas por cada uno durante el matrimonio. La cuantía de pensión resultante es una cuantía de vejez ficticia, para cuya determinación ni se ha tenido en cuenta la edad de cada cónyuge, ni la totalidad de los períodos de cotización que cada uno acredita, ni se comprueba si se ha cumplido el período de carencia exigido normalmente para tener derecho a la pensión de vejez (28).

Puede darse el caso de tener que efectuar el cálculo de una pensión de vejez con un sólo mes de cotización o recalcular las pensiones de vejez o invalidez cuando uno de los cónyuges es receptor de una de ellas en la fecha de la declaración del divorcio (art. 1.587, párrafos 1.º y 2.º del B. G. B.).

El cónyuge que por cuotas satisfechas a su cargo durante el matrimonio haya obtenido la cuantía más elevada de pensión es el obligado a transferir al otro cónyuge el 50 por 100 de las cuotas que hubieran dado ocasión, a la percepción de una cuantía de pensión equivalente a la diferencia entre las dos pensiones. Sin embargo, lo que se transfiere de un cónyuge a otro no es la diferencia entre las dos pensiones, sino un coeficiente que se calcula multiplicando el 50 por 100 de la diferencia entre las mismas por el valor de las cuotas necesarias para obtener un marco de pensión en el año de la declaración del divorcio. Este valor-cuota es fijado anualmente por el Gobierno.

Por otra parte, al cónyuge obligado a satisfacer la transferencia se le

(28) El período de carencia para tener derecho a la pensión de vejez es de ciento ochenta meses de cotización.

resta de su carrera de seguro el coeficiente equivalente al valor de las cuotas necesarias para obtener la expectativa de pensión transferida (29).

5. Efectos del «reparto de expectativas de pensión»

5.1. Transferencia de expectativas de pensión de un cónyuge a otro

Al evaluar los efectos del «reparto de expectativas de pensión» hay que hacer una distinción entre el cónyuge obligado a efectuar la transferencia y el cónyuge con derecho a la transferencia de expectativas de pensión; entre cónyuges que exclusivamente han adquirido expectativas de pensión y cónyuges que son perceptores de pensión en la fecha de declaración del divorcio.

Asimismo, y a un plazo de vista más largo, las consecuencias con relación a la prestación de sobrevivientes con referencia a ulteriores divorcios de cada cónyuge.

5.1.1. *Efectos para los dos cónyuges.*—El procedimiento elegido para el reparto de expectativas de pensión unido a la fórmula de cálculo de las pensiones tiene como consecuencia inevitable que las expectativas de pensión transferidas a un cónyuge son revalorizadas anualmente, toda vez que para hallar la base reguladora de la prestación se multiplica el coeficiente atribuido al cónyuge y el que hubiera alcanzado por sí mismo durante su vida de activo por la media nacional anual de ingresos de todos los asegurados en la fecha del hecho causante de la prestación, por lo que, por ejemplo, una expectativa de 100 marcos en el año 1977, de producirse un hecho causante con derecho a pensión en el año 1980 ésta ascendería a 127 marcos.

(29) Creemos que para hacer más comprensible el procedimiento de cálculo establecido para llevar a cabo la transferencia de expectativas de pensión puede servir la exposición de un ejemplo: dos personas han contraído matrimonio el 1-I-1973 y se han divorciado el 31-XII-1977. Durante los cinco años de matrimonio un cónyuge ha cotizado al seguro de pensiones, el otro no ha efectuado ninguna cotización.

En la fecha de declaración del divorcio, a instancias del «Juez de Familia» se calcula por el Instituto de Pensiones que la cuantía de la pensión ficticia de vejez por las cuotas abonadas durante el matrimonio asciende a 200 marcos alemanes.

El Gobierno ha determinado para el año 1977 que el valor-cuota es 0,2520155. El coeficiente por cada marco de pensión para el año 1977 es igual al valor-cuota del año 1977, 0,2520155: 1 marco de pensión = 3,968057. Por tanto, el valor de la pensión de 100 marcos alemanes es igual a $3,96805 \times 100 = 396,805$. Este es el coeficiente que se le va a asignar al cónyuge que durante el matrimonio no ha efectuado ninguna cotización y restar al cónyuge que ha cotizado los cinco años.

Por lo que respecta al cónyuge condenado a efectuar la transferencia, los efectos negativos sobre la cuantía de pensión de vejez o invalidez a la que posteriormente pueda tener derecho, aumentan en función del período transcurrido entre la fecha del divorcio y la fecha del hecho causante de dicha prestación y en el mismo porcentaje que efecto positivo tiene sobre la cuantía de la pensión transferida al otro cónyuge.

5.1.2. *Cuando los cónyuges divorciados no son pensionistas.* a) *Efectos para el cónyuge al que le han sido transferidas expectativas de pensión.*—El coeficiente atribuido a un cónyuge, se corresponde con las cuotas que han sido efectuadas para adquirir una cuantía de pensión de vejez ficticia calculada previamente según la fórmula de cálculo de pensiones explicada anteriormente (30).

Como bien es conocido, la concesión de una pensión está supeditada al cumplimiento por parte del asegurado de determinados requisitos como es un período previo de cotización. Por tanto, si dicho coeficiente solamente supusiera un aumento de la pensión y no una reducción del período de carencia para causar derecho a las prestaciones, ocurriría que en muchos casos la efectividad de la transferencia de expectativas de pensión sólo operaría cuando previamente se acreditara el período de cotización necesario para tener derecho a la pensión en cuestión.

A este respecto el artículo 1.304 del R. V. O. establece que cuando se produce un hecho causante de pensión se efectúa una conversión del coeficiente transferido en períodos de cotización válidos para cubrir el período de cotización que en cada momento se exija. No vamos a hacer ahora una exposición exhaustiva de todos los factores determinantes que operan para la conversión del coeficiente en períodos de cotización, pero sí indicar que el más decisivo es la cuantía de la pensión alcanzada en la fecha de la declaración del divorcio.

b) *Efectos para el cónyuge al que le han sido restadas expectativas de pensión.*—Al cónyuge obligado a satisfacer la transferencia se le resta de su carrera de seguro el mismo coeficiente que se le ha atribuido al otro cónyuge en la fecha de la declaración del divorcio, no obstante puede optar por ingresar en el seguro de pensiones el importe equivalente en cuotas de dicho coeficiente con el fin de neutralizar los efectos negativos en *sus expectati-*

(30) La media nacional de ingresos de todos los asegurados se fija anualmente por el Gobierno y es el salario bruto medio sometido a cotización de todos los asegurados durante los tres años civiles precedentes al año para el que se fija.

vas de pensión. Esta opción sólo puede ser ejercida para los no pensionistas en la fecha del divorcio (31).

5.1.3. *Efectos cuando uno o ambos cónyuges son pensionistas en la fecha del divorcio.*—La transferencia de expectativas entre cónyuges cuando uno o ambos son pensionistas en la fecha de la declaración del divorcio produce una reducción en la pensión del cónyuge obligado a efectuar la transferencia cuando éste es pensionista y, en el momento en que al cónyuge le han sido atribuidas expectativas de pensión adquiere la condición de pensionista, o cuando este mismo cónyuge no tiene derecho a pensión por no acreditar el período de cotización requerido y solicita la devolución de cuotas.

Es decir, que sólo se reducen las pensiones de aquellos titulares que han sido obligados a efectuar la transferencia de expectativas y éstas han supuesto un aumento de pensión al cónyuge que le han sido atribuidas o ha causado pensión en virtud de estas transferencias de expectativas.

5.1.4. *Efectos con respecto a las pensiones de sobrevivientes.*—El principio general que rige es que la transferencia de expectativas de pensión entre cónyuges con motivo del divorcio tiene plenos efectos tanto para acreditar el período previo de cotización, para aumentar la cuantía de la prestación propia, como para causar derecho en favor de un tercero (32).

Otra particularidad es que el cónyuge que efectúa la transferencia de expectativas puede causar derecho a pensión de viudedad sin que se reduzca el importe de ésta hasta tanto el otro cónyuge, al cual se le han atribuido las expectativas, no cause derecho a pensión para sí o a favor de un tercero.

5.2. *Atribución de expectativas de pensión con cargo a un cónyuge*

La atribución de expectativas de pensión está prevista exclusivamente cuando el cónyuge que mayores expectativas de pensión ha adquirido durante el matrimonio ha sido funcionario del Estado (civil o militar, etc.), de los Länder o de los municipios.

Los efectos de la atribución con respecto a los derechos de pensión adquiridos o en curso de adquisición de los cónyuges divorciados y a los que puedan causar en favor de terceros, son idénticos que los que produce la transferencia de expectativas de pensión explicadas en el número anterior.

(31) Art. 1.304, a), párrafo 6, del R. V. O.

(32) Art. 1.304, a), párrafo 4, del R. V. O.

Las únicas diferencias entre uno y otro procedimiento del reparto de expectativas de pensión son exclusivamente de índole administrativa.

Así, por ejemplo, en la atribución de expectativas, una vez determinado el importe de los derechos pasivos de vejez adquiridos durante el matrimonio se procede a la conversión de éste en un coeficiente que se calcula de igual forma que el descrito en el apartado 4.º.

Otra particularidad administrativa de expectativas de pensión a un cónyuge con cargo a los derechos pasivos del otro cónyuge se materializa en el seguro de pensiones y no en el régimen de derechos pasivos establecido para los funcionarios civiles o militares.

5.3. *Abono de cuotas por parte de un cónyuge a favor de otro*

Este procedimiento del reparto de expectativas de pensión está exclusivamente previsto si no es posible aplicar los dos procedimientos descritos anteriormente.

Este es el supuesto cuando las expectativas de pensión de uno o ambos cónyuges han sido adquiridas extramuros del seguro de pensiones o del régimen de clases pasivas, p. ej., en virtud de un seguro privado, pensiones de vejez o invalidez que reconocen las empresas a sus trabajadores, etc.

La única forma de hacer viable el reparto de expectativas de pensión en estos casos según el artículo 1.587, *b)*, del B. G. B., es que el cónyuge que ha alcanzado durante el matrimonio mayores beneficios del seguro privado ingrese en el seguro de pensiones las cuotas necesarias para constituir a favor del otro cónyuge una pensión de vejez equivalente en su cuantía a la mitad de los beneficios que él ha adquirido.

Las cuotas ingresadas en el seguro de pensiones por este procedimiento por un cónyuge a favor del otro tienen plena efectividad para causar derecho a pensión de vejez, invalidez y de sobrevivientes, salvo que se trate de cónyuges pensionistas en la fecha en que las cuotas han sido ingresadas a su favor. En este último supuesto, según el artículo 1.587, *b)*, núm. 3, del B. G. B., hay que distinguir entre divorciados-pensionistas de invalidez y de vejez.

Cuando se trata de una persona divorciada que en la fecha en que son ingresadas a su favor las cuotas es pensionista de *invalidez*, éstas surten efectos exclusivamente para un hecho causante posterior. Si se trata de un pensionista de *vejez*, las cuotas no surten efecto alguno en favor de los causahabientes del mismo, y ello porque, según los artículos 1.233 y 1.254 del R. V. O. las cuotas ingresadas en el seguro de pensiones sólo surten efectos para causar derecho a pensiones aún no reconocidas.

6. *Acuerdo de los cónyuges sobre el reparto de expectativas de pensión*

El reparto de expectativas de pensión puede ser objeto de acuerdo entre los cónyuges, sin embargo, el contrato, por sí sólo no otorga ningún derecho a expectativas de pensión.

Los contratos por los que se acuerde *una modificación* del reparto establecido legalmente deben ser celebrados ante notario y necesitan de la aprobación del Tribunal de la Familia para que tengan validez.

El Tribunal de la Familia puede denegar su aprobación si, teniendo en cuenta el derecho a alimentos y la separación de bienes acordada, considera que la distribución pactada no garantiza por su naturaleza o cuantía un reparto equitativo de las expectativas de protección en caso de invalidez o vejez entre ambos cónyuges (33).

El acuerdo puede celebrarse antes y después de haber sido declarado el divorcio, aunque en este último caso con ciertas limitaciones.

Los contratos en los que *expresamente se haya pactado* que no se aplicará en caso de divorcio el reparto de expectativas de pensión sólo es necesario que se celebre ante notario (34), pudiéndose celebrar dicho contrato tanto antes de haberse casado como durante el matrimonio, sin embargo, si la petición de divorcio se presenta en el año siguiente a la celebración del contrato, éste carece de validez.

Según el artículo 1.414 del B. G. B., cuando los cónyuges hayan pactado la exclusión del reparto de expectativas de pensión se presume que también han acordado la separación de bienes, excepto cuando se exprese lo contrario en el contrato.

7. *La prestación de supervivencia a favor del cónyuge divorciado*

Como ha quedado dicho en los apartados anteriores, en el seguro de pensiones alemán vigente, no está prevista ninguna pensión de viudedad para el cónyuge divorciado como ocurría antes de la Ley de la primera reforma del Derecho de la familia.

Se introduce, sin embargo, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, una prestación a la divorciada cuyo ex cónyuge ha fallecido y tiene a su cargo como mínimo un huérfano con derecho a pensión de orfandad.

(33) Art. 1.587 del B. G. B.

(34) Art. 1.408 del B. G. B.

Los requisitos que la divorciada debe reunir para causar derecho a esta clase de prestación son que acredite el periodo de cotización que se requiere para la pensión de viudedad y se presuma que no va a poder realizar una actividad por tener hijos a su cargo (35).

Algunos comentaristas sostienen que esta prestación es anticonstitucional (36), por cuanto está en contra del artículo 3 de la Constitución en el que se establece la igualdad de trato, y en determinados aspectos las divorciadas gozan de una protección mayor que las viudas en caso de fallecimiento del cónyuge.

La implantación de esta prestación está concebida como sustitución del derecho a alimentos frente al otro cónyuge cuando éste fallece, sin embargo, este derecho no siempre existe aunque la Ley lo presuma.

Otra singularidad de esta prestación es que no guarda relación con las cotizaciones del que la causa (el ex cónyuge que fallece), sino con las de la persona a la que se le reconoce el derecho, si bien, es que tanto para causar derecho a la prestación como para determinar su cuantía se tienen en cuenta las cuotas transferidas o atribuidas en virtud del reparto de expectativas de pensión.

FIDEL FERRERAS ALONSO

(35) Art. 1.265 del R. V. O.

(36) HAROLD BOGS, en «Eherechts Reform», Bonn, 1971; MAIER, en «D. Ang. Vers.», 1974, pág. 333; FRANZ RULAND, en N. J. W., 1976, pág. 1713, entre otros.

