

CRISTIÁN LEPIN MOLINA
(DIRECTOR)
KAREN MUÑOZ VILLAGRA
(COORDINADORA)

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

DOCTRINAS ESENCIALES

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

COMPENSACIÓN ECONÓMICA
DOCTRINAS ESENCIALES

© CRISTIAN LEPIN MOLINA (DIRECTOR) - KAREN MUÑOZ VILLAGRA (COORDINADORA)

2013 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.legalpublishing.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 231.262 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 380 - 4

1ª edición agosto 2013 Legal Publishing Chile

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA NUEVA
LEY DE MATRIMONIO CIVIL CHILENA*

*Cristián Lepin Molina***

INTRODUCCIÓN

La compensación económica es el derecho que le asiste a uno de los cónyuges al momento de la ruptura matrimonial, sea que ésta se haya producido por divorcio o por nulidad del matrimonio, para que se le compense el menoscabo económico sufrido por no haber podido desarrollar total o parcialmente una actividad remunerada, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común.

Este derecho, incorporado por legislador chileno en los artículos 61 a 66 de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil¹, ha generado una serie de interrogantes. Se ha discutido sobre sus aspectos dogmáticos, como sus fundamentos y naturaleza jurídica, lo que ha despertado el interés de académicos, estudiantes y operadores del derecho en general.

Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia logran ponerse de acuerdo en cuál es la naturaleza jurídica de la compensación. En este trabajo se

* Este artículo fue publicado bajo el título “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, N° 7, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 81-96.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Doctorando en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de pre y postgrado. Subdirector de la Escuela de Postgrado de la misma casa de estudios.

¹ En adelante NLMC.

presenta un panorama completo sobre las diversas tesis que se han planteado con respecto a la naturaleza jurídica de la prestación compensatoria, en la doctrina y jurisprudencia, para luego realizar una reflexión sobre cada una de las tesis propuestas y finalmente, señalar nuestras conclusiones.

1. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

En primer lugar, cabe preguntarse en qué consiste determinar la naturaleza jurídica de una institución. Determinar la naturaleza jurídica de una institución consiste en establecer la calificación jurídica de la misma. Lo que en definitiva tiene trascendencia, no sólo por los fines académicos, sino también para conocer los límites de la institución y las normas que se pueden aplicar en forma supletoria.

En este sentido, para el profesor Corral “la cuestión no es irrelevante desde el punto de vista práctico. La identificación de la naturaleza jurídica sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta contenidos en la regulación normativa, ayuda a elegir factores de decisión que aparecen aludidos únicamente por la intención del legislador de hacer enumeraciones de elementos no taxativas; y, finalmente, resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio”².

David Quintero plantea la siguiente interrogante ¿qué se busca al indagar sobre la naturaleza jurídica? Las posibilidades son varias, ya que esta expresión es usada con propósitos diversos:

- a) Determinar el régimen jurídico aplicable a una institución, a fin de establecer cuáles son sus consecuencias jurídicas. Ello implica efectuar una operación de calificación jurídica.
- b) Identificar los elementos que la constituyen, es decir, cuáles son sus hechos condicionantes.
- c) Precisar los requisitos o condiciones que deben reunirse, según el uso, para emplear la palabra.

²CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, p. 24.

d) En otros casos, por ejemplo en la compensación económica, precisar los criterios de determinación del quantum.

e) En algunas ocasiones, determinar la validez y jerarquía de una norma jurídica (de acuerdo a las normas que rigen la producción jurídica).

f) Dar contenido a un concepto jurídico indeterminado.

g) De modo más general que el anterior, emplear los espacios de discrecionalidad que concede el Derecho³.

En el caso de la compensación económica, el tema de la naturaleza jurídica, se puede reducir a las dos grandes visiones que tienen la doctrina y jurisprudencia chilena sobre este derecho.

Aunque también se ha sostenido que no es necesaria la determinación de la naturaleza jurídica. Así, Quintero señala que “esto, al menos, nos debe hacer pensar acerca de la manera en que se utiliza este procedimiento teórico, y acerca de su verdadera utilidad y rigor, ya que puede servir prácticamente para dar fundamento a cualquier solución”⁴.

La primera visión, considera a esta prestación con un marcado carácter asistencial, apoyada en el principio de protección al cónyuge más débil, incorporado por el artículo 3 de la NLMC⁵, que pretende hacer subsistir el deber de socorro más allá de la disolución del vínculo conyugal⁶, generando

³QUINTERO FUENTES, David, “Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la compensación económica (Sentencia de la Corte Suprema)”, *Revista de Derecho*. Volumen XXII, N° 2, Universidad de Valdivia, diciembre 2009, p. 240.

⁴QUINTERO FUENTES, David, “Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la compensación económica (Sentencia de la Corte Suprema)”, *ob. cit.*, p. 241.

⁵El inciso 1° del artículo 3 de la NLMC señala que “*las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil*”. Lo resaltado es nuestro.

⁶Al igual como señalaba el jurista francés Jean Carbonnier, quien “asienta el deber de alimentos posterior a la ruptura de la convivencia, en una suerte de reminiscencia de la indisolubilidad del matrimonio: una indisolubilidad patrimonial del vínculo, que deja en libertad personal, pero no financiera, al cónyuge culpable”, citado por FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de Familia*. Tomo II, Volumen 1, Madrid, Bosch, 1982, p. 389.

una prestación similar a una pensión de alimentos, por un tiempo determinado, o incluso, con carácter de renta vitalicia. De igual modo, puesto que lo central es la protección al más débil, no se permite la renuncia, los requisitos de procedencia se interpretan de manera tan amplia que casi podríamos decir que el derecho se puede establecer en todos los casos de divorcio o de nulidad, y lo propio ocurre con los criterios para determinar la cuantía, las formas de pago y la oportunidad para solicitar el derecho en juicio. Con esta interpretación, se limitan los actos de disposición de los cónyuges, como la determinación de su cuantía o la renuncia al derecho. Y una de las principales herramientas para obtener el cumplimiento serán los apremios personales, como el arresto⁷.

La segunda visión, considera al derecho a compensación económica como una consecuencia o efecto de carácter patrimonial de la terminación del matrimonio, considerándola con una naturaleza reparatoria o indemnizatoria, permitiendo la renuncia, incluso tácita, con exigencias estrictas en cuanto a la concurrencia copulativa de los requisitos de procedencia contenidos en el artículo 61 de la NLMC, la aplicación restrictiva de la oportunidad para solicitar el derecho en juicio (preclusión procesal), la aplicación de la autonomía de los cónyuges en la determinación y forma de pago, la diferenciación de las formas de pago cuando el derecho es determinado por el juez, y por último, la improcedencia de la aplicación de los apremios personales en los casos de incumplimiento⁸.

⁷ Así por ejemplo, CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio”, ob. cit., 2007; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 13 de octubre, Santiago, 2005; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, *Seminario Colegio de Abogados*, charla efectuada el 20 de octubre, Santiago, 2005; y, GUERRERO BECAR, José, “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, en *Revista Derecho*, Volumen XXI, N° 2, Universidad de Valdivia, diciembre 2008.

⁸ Así, por ejemplo, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, en *Actualidad Jurídica*, año VII, N° 15, Universidad del Desarrollo, 2007; LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010; y, PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Santiago, Editorial LegalPublishing, 2009.

Como señala Paulina Veloso “la compensación no está concebida con el propósito de limitar o restringir el divorcio sino, justamente, como paliativo frente al problema antes descrito”⁹, refiriéndose a los costos que genera la ruptura matrimonial.

Para efectos de este trabajo analizaremos las distintas posiciones planteadas, que van desde la concepción alimenticia hasta la naturaleza *sui generis*, a la luz de lo expuesto en el seno de la Comisión Legislativa del Congreso Nacional de Chile, la doctrina y la jurisprudencia, tanto chilena como extranjera.

A efectos de sistematizar las distintas doctrinas elaboradas en esta materia, planteamos distinguir entre las teorías que reconocen la existencia de una naturaleza jurídica, identificando una institución o derecho del ordenamiento jurídico, cuyo estatuto se pueda aplicar supletoriamente, de las teorías que plantean que no existe otra institución o derecho al que se pueda asimilar, y en consecuencia tiene una naturaleza propia.

De esta forma, existen ciertas teorías que niegan la existencia de naturaleza jurídica de la compensación económica. En el sentido que se trata de un derecho o institución nueva en el ordenamiento jurídico chileno, por tanto, desde el punto de vista de el objeto de determinar la naturaleza jurídica, no tiene utilidad, ya que no sirven al objetivo central de buscar una institución cuyo estatuto sirva de normas supletorias, para llenar vacíos legales o interpretar normas en caso de conflicto. En estas doctrinas que denominaremos negativas, se encuentran aquellas que sostienen una naturaleza *sui generis*, las tesis que la consideran una obligación legal e, incluso, las que señalan una naturaleza mixta o compuesta.

En otro sentido, existen doctrinas que sí la asimilan a una institución determinada, como al derecho de alimentos, la reparación de perjuicios, o el enriquecimiento sin causa, estas las denominaremos doctrinas positivas.

⁹VELOSO VALENZUELA, Paulinas “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*, GROSMAN, Cecilia (Dir.) y HERRERA, Marisa (Coord.), Buenos Aires, Editorial LexisNexis, pp. 169 a 171.

1.1. Doctrinas positivas

Como ya lo señalamos, la doctrina chilena está dividida en cuanto a la naturaleza jurídica de la compensación económica, y que ciertas teorías plantean que la prestación compensatoria tiene una naturaleza determinada, es decir, se asimila a las pensiones de alimentos, a las indemnizaciones de perjuicio, o al enriquecimiento sin causa. Por lo que a continuación analizaremos cada una de las tesis señaladas.

a. Naturaleza alimenticia

La jurisprudencia ha planteado que la compensación económica puede tener una naturaleza “cercana a una pensión alimenticia”.

En ese sentido los argumentos legales se encontrarían en el artículo 66 de la NLMC, que establece “*Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en cuenta la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable*”¹⁰.

La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia”.

Además, se citan algunos criterios para determinar la cuantía, consagrados en el artículo 62 de la NLMC, como ***el patrimonio de ambos cónyuges y la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario***. Elementos que son considerados para determinar el monto de los alimentos.

¹⁰ La Corte de Apelaciones de Antofagasta en sentencia de 3 de mayo de 2006, Rol N° 1161-2005, expresa que “*en la hipótesis descrita y relativa a este caso, la compensación económica jugaría una función asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en tiempo y entidad, debiendo el juez particularmente tener en cuenta la edad, salud de los cónyuges y la situación patrimonial y previsional de cada uno, considerando que el cónyuge que entregó su dedicación al hogar y a los hijos ya no podrá insertarse laboralmente o le será muy difícil hacerlo*”. Similares argumentos encontramos en sentencia de la Corte de Antofagasta, de fecha 29 de mayo de 2006, Rol N° 225-2006. Disponible en: «www.poderjudicial.cl».

Finalmente, se tienen en consideración los antecedentes históricos, ya que las primeras propuestas legislativas razonaban sobre la base de establecer una pensión alimenticia por un tiempo determinado, así se aprecia en las indicaciones parlamentarias presentadas al proyecto de Ley de Matrimonio Civil a los artículos 38 y 48¹¹.

¹¹ Indicación Proyecto de Ley, artículo 38: “Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando las resultas de la liquidación del régimen de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos.

Si el divorcio generare una situación de esa naturaleza, el tribunal podrá adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado:

- a) Proceder a la declaración de bienes familiares.
- b) Constituir derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que hubieren conformado parte del patrimonio familiar de los cónyuges.
- c) Determinar el pago de un monto o de una **pensión compensatoria** por un período de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio.

Las medidas se adoptarán a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta a la demanda de divorcio o por vía reconvenicional en el mismo procedimiento. En ambos casos, deberá resolverse en la sentencia definitiva.

Para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente:

- 1° La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges;
- 2° La edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges;
- 3° Las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral;
- 4° La eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar;
- 5° El aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común;
- 6° La eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio;
- 7° La existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges.

Las medidas impuestas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo no procederán respecto del cónyuge que haya dado lugar al divorcio por falta que le sea imputable.

En todo caso podrá solicitarse su modificación o cese, si hubieren variado las circunstancias que motivaron el establecimiento.

En los casos previstos en las letras a) y b) del presente artículo, el cónyuge divorciado que no fuere beneficiario de la medida, podrá solicitar al tribunal el cese de la misma una vez transcurridos 5 años desde su imposición, para el solo efecto de proveer su enajenación. En este caso, la resolución que conceda la solicitud deberá determinar el porcentaje de la enajenación que corresponda al cónyuge beneficiario, a título compensatorio”.

En contra de esta tesis se pueden sostener los siguientes argumentos. En primer lugar, que para determinar la procedencia de la compensación no es requisito que el cónyuge beneficiario se encuentre en un *estado de necesidad*, en el sentido que carezca de bienes para subsistir. Requisito esencial para que procedan los alimentos entre cónyuges.

En segundo lugar, el artículo 60 de la NLMC¹² pone fin a todas las obligaciones y derechos de carácter patrimonial entre los cónyuges que se fundan en la existencia del matrimonio, como el derecho de alimentos.

En tercer lugar, los criterios del artículo 62 de la NLMC referentes a la situación patrimonial de los cónyuges, difiere de la situación que se considera en los alimentos que se analiza el estado de necesidad del alimentario y las facultades del alimentante.

En cuarto lugar, la asimilación que hace el legislador, en el artículo 66 de la NLMC, se limita a los casos en que el deudor carezca de bienes (insolvencia) para cancelar el monto fijado, caso en el cual se dividirá en cuotas, las que se considerarán alimentos para efectos de su cumplimiento. Es decir, sólo para *efectos* de exigir el cumplimiento de las cuotas, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago.

También se señala que en el debate legislativo, las actas de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, al discutir sobre el artículo 66, el Ministro de Justicia, señor Bates, señaló que esto incrementaría las dudas acerca de la naturaleza jurídica de la institución, generando incertidumbre respecto de si se trata de una indemnización o de alimentos¹³.

Indicación Proyecto de Ley, artículo 48: “*Por la declaración de nulidad se tendrá el matrimonio como no celebrado para todos los efectos legales.*”

*No obstante, el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione **alimentos** durante un plazo que no excederá de cinco años contados desde que quede ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad”.*

¹²Artículo 60 NLMC: “*El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente”.*

¹³BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18, *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, p. 601.

La Comisión rechazó, asimismo, hacer transmitible (sic) a los herederos del deudor que fallece la obligación de pagar la compensación, aun cuando ellos pudieran aceptar la herencia con beneficio de inventario¹⁴. Estimó que, al no ser alimentos, no constituyen baja general de la herencia, sino que se debe tratar como cualquier deuda hereditaria. Además, no hay duda que la herencia siempre se puede aceptar con beneficio de inventario. Es decir, se llega a la misma conclusión mediante la aplicación de las reglas generales¹⁵.

En el derecho comparado, y respecto a las legislaciones que sirven de precedente a la nuestra, como la española, para el jurista español Eusebio Aparicio Auñón, “la pensión compensatoria tiene naturaleza jurídica fundamentalmente análoga a la pensión alimenticia. Basamos esta afirmación en dos tipos de argumentos: en el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitró la ley de divorcio republicana, y en nuestras reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcan todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer. Añade que, si nos fijamos en las circunstancias que el artículo menciona (*ad exemplum* o entre otras) para graduar la pensión, algunas parecen conferir carácter de pensión de alimenticia (así la 8, recuerda el módulo alimenticio del artículo 146 CC)”¹⁶.

Como puede deducirse, esta concepción alimenticia de la compensación está relacionada con su fundamento asistencial. No obstante, debe distinguirse a efectos conceptuales entre la naturaleza alimenticia de la pensión, que hace referencia a cubrir unas necesidades en base a una relación matrimonial, que en el caso de divorcio ya no existe, y la solidaridad postconyugal, que funcionaría como fundamento asistencial de la pensión, no obstante no tener naturaleza alimenticia¹⁷.

¹⁴ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18, ob. cit., p. 604.

¹⁵ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18, ob. cit., p. 604.

¹⁶ APARICIO AUÑÓN, Eusebio, citado por ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 116.

¹⁷ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Barcelona, Bosch, 1993, nota al pie de página p. 27.

Desde nuestro punto de vista no existen grandes diferencias entre determinar una naturaleza de pensión de alimentos o asistencial, ambas conducen a establecer un monto por tiempo determinado a efectos de sustentar o mantener a una persona, en la especie, el cónyuge más débil, más bien se trata de una construcción retórica que surge ante la imposibilidad de sostener la naturaleza alimentaria de este instituto.

Así, se ha estimado que “una mirada integral la entregan los artículos 3 y 60 de la LMC, cumpliendo la institución de la compensación económica una función asistencial, cuyo origen, fundamento y límite está en una vinculación económica “asistencial” que permita iniciar una vida futura separada al cónyuge más débil, por mandato del artículo 3° y permitido por el artículo 60 que dispone que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, “sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente”. Este “sin perjuicio” implica que se mantiene como obligación y derecho de carácter patrimonial aun después del matrimonio, fundado en la protección del cónyuge más débil del artículo 3 es, precisamente, la institución de la compensación económica originada por el menoscabo o detrimento económico que se produce al momento del divorcio o la nulidad para el cónyuge más débil”¹⁸.

b. Naturaleza indemnizatoria

Dentro de este grupo debemos consignar todas aquellas corrientes que señalan que se trata de una institución indemnizatoria, reparadora o compensatoria. En definitiva se trata de reparar un menoscabo en los términos del artículo 61 de la NLMC, que es sinónimo de daño. En este sentido el profesor Alessandri define daño como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”¹⁹.

¹⁸ GUERRERO BECAR, “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, ob. cit., p. 107.

¹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 153.

Para Luis Zarraluqui, la diferencia entre indemnizar y compensar reside únicamente en la extensión de la reparación. Indemnizar pretende dejar “indemne” al sujeto pasivo, e “indemne” es “libre o exento de daño”, de todo daño. O, dicho de otra manera, en la indemnización el objetivo es neutralizar la totalidad del daño causado, con identidad, en la medida de lo posible, entre el perjuicio y su reparación. Por contra, compensar tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo²⁰.

Hernán Corral estima que “debe notarse que la compensación económica se basa en el esquema de la responsabilidad por lucro cesante, es decir, el cónyuge que la pretende deberá probar que podía y quería desempeñar una actividad remunerada o lucrativa fuera del hogar”²¹.

Posteriormente, este autor ha señalado que la naturaleza jurídica de la compensación no es propiamente asistencial o alimenticia (porque el matrimonio se extingue y con ello el deber de socorro), ni tampoco una manifestación del enriquecimiento sin causa (si efectivamente lo hay, podrá recurrirse por una acción autónoma), ni tampoco una forma de responsabilidad civil contractual objetivada por lucro cesante o pérdida de una chance (lo que también podrá ser objeto de una acción independiente en la que se podrán cobrar incluso perjuicios morales). La figura cae más bien en las llamadas “*indemnizaciones por sacrificio*”, o lo que nosotros denominamos indemnizaciones por afectación lícita de derechos, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación o de imposición de servidumbres legales”²².

²⁰ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución”. Disponible en: «www.nuevodivorcio.com/pensioncompensatoria.pdf» [consulta: 15 noviembre 2006].

²¹CORRAL TALCIANI, Hernán, “Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 2, Universidad Diego Portales, 2004, p. 267.

²²CORRAL TALCIANI, Hernán, “Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial”, en *La Semana Jurídica*, N° 320, Santiago, 2006, p. 6. En similar sentido, VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, VIDAL OLIVARES, Álvaro (Coord.), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 251 a 253. El mismo autor, VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación económica en la Ley de

En el mismo sentido, Mauricio Tapia ha planteado que “si nos remitimos al texto de la definición legal de la compensación económica podríamos sostener que su naturaleza se acerca a la *indemnización por pérdida de una oportunidad*, aunque los criterios de cálculo reconocidos a continuación en la misma ley parecieran indicar otra cosa”²³.

Para Cristián Maturana se trata de una *indemnización compensatoria* a favor de uno de los cónyuges, y no de alimentos en beneficio de uno de ellos. Dicha naturaleza jurídica resulta clarísima si tenemos presente que la Comisión rechazó, asimismo, hacer transmitible (sic) a los herederos del deudor que fallece la obligación de pagar la compensación, aun cuando ellos pudieran aceptar la herencia con beneficio de inventario²⁴.

Patricio Véliz indica que “se habla de que estas compensaciones constituirían jurídicamente una *indemnización de perjuicios*, por cuanto con ellas se pretende resarcir un daño consistente en un menoscabo económico de uno de los cónyuges por su mayor dedicación al cuidado de la familia y el hogar, lo que es efectivo. Sin embargo, aquí se atiende al daño producido, independiente de la culpabilidad del sujeto, requisito este último base en nuestro derecho de la responsabilidad contractual o extracontractual y sin el cual no es jurídicamente procedente exigir la indemnización de los perjuicios ocasionados”²⁵.

Ramón Domínguez también estima que tiene un carácter reparatorio: “se trata de una forma de resarcimiento de un daño, es decir, de una cierta pérdida por el hecho de haber dedicado el esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez

Matrimonio Civil ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?”, *Revista de Derecho*, año LXXII, N° 215-216, Universidad de Concepción, 2004, pp. 284 y ss.

²³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, “La compensación económica en la Ley de Divorcio”, en *La Semana Jurídica*, N° 271, Santiago, 2006, p. 4.

²⁴ MATURANA MIQUEL, Cristián, “Algunos aspectos procesales de la nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Seminario del Colegio de Abogados*, charla efectuada el 1 de junio, Santiago, 2004, p. 106.

²⁵ VÉLIZ MÖLLER, Patricio, *Divorcio, nulidad y separación, los caminos frente a la ruptura*, Santiago, Cerro Manquehue, 2004, p. 65.

producida la extinción del matrimonio”... “si debe pagar la compensación el marido, es porque él ha resultado en cierta medida beneficiado por el sacrificio de su cónyuge y por ende está en mejor situación patrimonial. Pero que la institución tiene un carácter indemnizatorio es indudable, pues justamente ese es su fundamento. Sin embargo, indemnizatorio no es, como dijimos, sinónimo de reparatorio, pues no se trata de restituir un valor perdido por su equivalente exacto, como ocurre en la responsabilidad civil con la indemnización patrimonial, en que la indemnización sustituye al interés económico perdido o afectado y se calcula en función del valor de éste. Se trata sólo de ofrecer una compensación, es decir, una satisfacción económica que mitigue la situación económica desmedrada del demandante”²⁶.

La historia fidedigna de la ley nos señala que si bien en un primer momento se pretende establecer una pensión alimenticia, luego prima la idea de regular una indemnización de perjuicios.

El Ministro de Justicia de la época señor Gómez expresó que en su opinión no deben existir alimentos después del divorcio, y que no tiene objeciones en que se opte por una indemnización de perjuicios²⁷.

Para el senador señor Romero, esta es una institución poco clara, no sólo en cuanto a su naturaleza jurídica, sino también en cuanto a los efectos que producirá en la práctica. En su opinión, se trata de una indemnización de perjuicios, por lo que no se justifica aplicar los apremios físicos²⁸.

La Corte de Apelaciones de Rancagua ha estimado que “*respecto de la compensación económica, hay que dejar asentado desde luego que ella no tiene el carácter alimenticio que pretende la actora reconvenional, sino netamente indemnizatorio, por lo menos para efectos de establecer su procedencia, entrando a jugar sólo después de ello las consideraciones más próximas a la naturaleza alimenticia, para regular su monto*”²⁹.

²⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, ob. cit., p. 89.

²⁷ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18, ob. cit., p. 590.

²⁸ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18, ob. cit., p. 602.

²⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 16 de mayo de 2006, Rol N° 1603-2005. Disponible en: «www.poderjudicial.cl».

Por su parte la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que *“su fundamento no es, pues, el de reparar el desequilibrio patrimonial que pudo haberse producido como consecuencia de la ruptura del matrimonio, ni restablecer la igualdad entre los cónyuges, sino resarcir el daño patrimonial que el hecho específico del cuidado de los hijos o del hogar produjo en uno de los cónyuges al impedirle desarrollar una actividad remunerada, ya sea en forma total o parcial”*³⁰.

En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 26 de julio de 2011, Rol N° 683-2011, señala que *“de acuerdo con lo dispuesto en este tratado, el rechazo de la prisión por deudas constituye un derecho humano que se ha estatuido con carácter de regla general. La excepción a la misma se refiere, precisamente, a las deudas derivadas del incumplimiento de deberes alimentarios (excepción que en cuanto tal debe ser interpretada y aplicada restrictivamente). Y, según se ha visto, la compensación económica no presenta dicho carácter. Por lo mismo, decretar el arresto en caso de incumplimiento del pago de la compensación económica importa aplicar una prisión por deuda, la que se encuentra expresamente prohibida por el Derecho internacional al que se encuentra vinculado el Estado de Chile”*.

En España la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se inclinan por la naturaleza indemnizatoria, o por lo menos con un fuerte componente indemnizatorio (teorías mixtas o compuestas).

En este sentido, para Encarna Roca *“la afirmación de que se trata de un resarcimiento por concurrencia de un daño objetivo producido por la ruptura no debe llevar a entender que mi opinión es que la pensión tiene la naturaleza de responsabilidad civil; en definitiva, no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo que constituye su supuesto de hecho viene caracterizado por consistir en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio. No se*

³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre de 2007, Rol N° 1539-2007. Disponible en: [«www.poderjudicial.cl»](http://www.poderjudicial.cl).

trata pues de prevenir necesidades futuras: el artículo 100 CC lo impide, sino que se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio”³¹.

Concluye la misma autora 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 enmascara esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, las pérdidas se manifiestan con toda su crudeza y por ello debe existir compensación”³².

Luis Zarraluqui señala que “la pensión del artículo 97 es indemnizatoria, que por la extensión de la reparación, no igualatoria, tiene un carácter compensatorio. Confirma este aspecto vagamente reparador, pero aritméticamente neutralizador del daño –desequilibrio– el que la cuantificación se realice mediante la utilización de circunstancias y parámetros no incluidos en el desequilibrio. Sin embargo, la aleatoriedad de la cuantificación de la indemnización en la pensión indefinida; la posibilidad de extinguirse cuando el deudor venga a peor fortuna; la transmisión condicionada de la deuda mortis causa; la cesación del derecho por matrimonio o convivencia, son, todos ellos, elementos que contradicen la naturaleza indemnizatoria, compensatoria o reparadora de la pensión. La conclusión es un puro desconcierto. Me inclino por defender que *es predominantemente indemnizatoria por compensación, aproximada y aleatoria, del daño, pero falta de todo rigor normativo*”³³.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón señalan al respecto que “en definitiva se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicas”³⁴.

³¹ ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, ob. cit., p. 147.

³² ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, ob. cit., p. 187.

³³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 129. Lo destacado es nuestro.

³⁴ DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil, derecho de familia*, Volumen 4, 10ª edición, Madrid, Tecnos, 2006, p. 125.

Para Teresa Marín, “la proyección indemnizatoria destacada por un sector de la doctrina (Vásquez Iruzubieta, Fosar Benlloch, Díez-Picazo y Roca Trías) cada vez viene siendo acogida en mayor medida por los tribunales”. Cita, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 18 de noviembre de 1995, que indica “como se puede apreciar, la proyección indemnizatoria es compatible con la no vinculación con la responsabilidad por culpa, funcionando como resarcimiento o indemnización a favor del más perjudicado económicamente por las crisis matrimoniales”³⁵.

Aurelia Romero Coloma señala que “en realidad, como he venido sosteniendo a lo largo de la explicación de esta problemática, la pensión compensatoria tiene un carácter indemnizatorio, reparador y compensador, y se establece en beneficio de uno de los cónyuges –generalmente, la esposa o ex esposa–, y el parámetro que determina su existencia es un desequilibrio presente, no futuro. La cuantificación de la pensión se realiza mediante el empleo de circunstancias que confirman su carácter reparador”³⁶.

Para Juan Montero Aroca la nueva regulación (Ley N° 15/2005) de la compensación acentúa el carácter de indemnizatorio de la vieja pensión compensatoria, aunque no se habla propiamente de indemnización y aunque ello se haga para evitar que la misma se refiera a la idea de culpa. Concebidos la separación o el divorcio sin referencia alguna a la culpa de uno de los cónyuges, la indemnización-compensación tampoco podría referirse a esa culpa y por ello se elude el primer término y se usa el segundo³⁷.

En la jurisprudencia española se puede citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de marzo de 1999, que señala: “en consecuencia la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes o antagónicos, sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión

³⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, “Soluciones económicas en las situaciones de crisis matrimonial: la temporalidad de la pensión compensatoria en España”, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 97.

³⁶ ROMERO COLOMA, Aurelia, *Indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 76.

³⁷ MONTERO AROCA, Juan, *Separación y divorcio, tras la Ley N° 15/2005*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 204.

que estudiamos será preciso en primer lugar una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o divorcio, y en segundo lugar que el cónyuge en peor situación tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto en cuestión”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 1 de octubre de 1998, señala que “la pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil, es una medida no de índole o carácter alimenticio, sino de naturaleza reparadora tendente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan causar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con la que conserve el otro...”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 8 de julio de 1997, señala que “la pensión que regula el artículo 97 y siguientes CC tiene un carácter estrictamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio”.

En Francia, para Huet-Weiller la prestación compensatoria tiene fundamento indemnizatorio, aunque la idea de compensación sobre la que descansa, no elimina su aspecto alimenticio³⁸.

En el mismo sentido, Weil y Terre destacan que aun teniendo la pensión un cierto carácter alimenticio, al tenerse en cuenta en su fijación los recursos y necesidades de las partes, se observa que persigue reequilibrar la situación de los cónyuges constatándose también un fundamento indemnizatorio o compensatorio por las consecuencias pecuniarias del divorcio³⁹.

c. Naturaleza de enriquecimiento sin causa

Otra hipótesis plantea que se trata de un enriquecimiento injusto o, como se conoce en la doctrina, un enriquecimiento sin causa. Su clásica o tradicional concepción, requiere los siguientes requisitos: que exista enriquecimiento

³⁸ HUET-WEILLER, D. citado por LALANA DEL CASTILLO, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 103.

³⁹ WEIL, A. y TERRE, F. citado por LALANA DEL CASTILLO, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 103.

de una de las partes, correlativo empobrecimiento de la otra, que no exista causa que lo justifique, o de existir, sea injusta o ilegítima, y, por último, no debe existir una acción específica que proteja esta situación.

Concurriendo los supuestos anteriores, se hace procedente la *actio de in rem verso*, para obtener con ella la restitución de lo injustamente pagado.

En este sentido, Carlos Pizarro ha entendido que “el pago de la compensación económica se justifica en la pérdida del cónyuge beneficiario de un estándar de vida al cual accedía durante la vida conyugal al haberse dedicado a la crianza de los hijos o las tareas del hogar. El trabajo desempeñado por el cónyuge beneficiario significó un enriquecimiento del cónyuge deudor, puesto que este último gozaba de un beneficio en su nivel de vida en razón del sacrificio del otro cónyuge. La voz “enriquecimiento” corresponde entenderla no sólo como el incremento patrimonial, sino que comprende, también, la exclusión de un pasivo en el patrimonio del enriquecido. Por lo mismo, el empobrecimiento del cónyuge beneficiario puede consistir en una merma económica o en la ausencia de ingresos a su patrimonio”⁴⁰.

La profesora Paulina Veloso, por su parte, señaló en el seno de la Comisión Legislativa, que tanto en España como en Suiza existen instituciones similares y que la jurisprudencia de aquellos países ha invocado el enriquecimiento sin causa a efectos de determinar su naturaleza jurídica; se estima que la mujer no se pudo incorporar plenamente al mercado laboral y el divorcio le genera un empobrecimiento respecto de las expectativas que tenía de casada. Es un enriquecimiento sin causa, atendido a que uno de los cónyuges se desarrolló a costa del otro que se dedicó al cuidado del hogar y de los hijos⁴¹.

Así, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de diciembre de 2007, Rol N° 10411-2006, señala “*que esta institución, como lo señala el profesor Carlos Pizarro Wilson en su artículo ‘La Compensación Econó-*

⁴⁰ PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Universidad Diego Portales, 2004, p. 90.

⁴¹ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18, ob. cit., p. 602.

*mica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena' (Cuadernos de Análisis Jurídico N° 43 de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, página 11), 'equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. La compensación económica presenta un marcado carácter indemnizatorio por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento del cónyuge beneficiado. De ahí que su naturaleza jurídica pueda explicarse a través del **enriquecimiento a expensas de otro**. Luego, debe determinarse en la especie si es procedente tal compensación y, en la afirmativa, determinarse su quantum*'⁴².

En este sentido, la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, Rit C-1413-2006, que rechaza la demanda reconventional de compensación económica, señala “*que, siguiendo con lo razonado anteriormente, tampoco resulta acreditado que la dedicación parcial al cuidado de sus hijos y al hogar le haya ocasionado un menoscabo económico ni que, a consecuencia de su dedicación parcial a sus hijos y a esas labores la demandante se haya empobrecido patrimonialmente simultáneamente con un enriquecimiento del demandado, en términos que se tratara de un enriquecimiento sin causa que deba ser reprimido a través de la compensación. No hay antecedentes que permitan tener por acreditado aquello al momento del cese de la convivencia, momento en el que a juicio del Tribunal hay que situarse para apreciar la existencia o no de menoscabo*”.

Según Zarraluqui, en España, es cierto que existen casos de ruptura conyugal en que podría aplicarse esta doctrina por concurrir los requisitos antes mencionados, pero la realidad es que en otros muchos, en que la separación o el divorcio causan un desequilibrio en uno de los esposos, no existe tal enriquecimiento por parte del deudor, ni empobrecimiento del acreedor, ni relación de causa a efecto requerida por la jurisprudencia para su aplicación⁴³.

⁴² Lo resaltado es nuestro.

⁴³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 79.

1.2. Doctrinas negativas

Estas teorías sostienen que la compensación no tiene una naturaleza jurídica, es decir, que se trata de una institución nueva en el ordenamiento jurídico, y que por tanto se rige exclusivamente por las normas que la regulan, por lo que no existe un estatuto supletorio. O que su naturaleza es mutante. En este sentido, las tesis que estiman que la naturaleza de la compensación es mixta, compuesta o híbrida, que se trata de una institución *sui generis*, o de una obligación legal.

a. Naturaleza mixta, compuesta o híbrida

Hay autores plantean que la naturaleza jurídica sería más bien variable o funcional, es decir, dependería de los criterios que sirvan para determinarla. Así, si se basa en el estado de salud o la situación patrimonial, tendría carácter alimenticio, y en algunos casos su naturaleza sería híbrida o compuesta, es decir, alimenticia e indemnizatoria a la vez.

A juicio de la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer de la época, señora Pérez, quien intervino en el debate legislativo, la compensación económica representa una figura híbrida, sin perjuicio de lo cual, la pureza jurídica debiera ceder ante la necesidad social de la institución.

Eduardo Court señala “que, en principio, podríamos sostener que la compensación económica constituye una verdadera indemnización de perjuicios, fundada en el principio de enriquecimiento sin causa, en especial, si se otorga al cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o sólo pudo hacerlo en menor medida de lo que podía y quería, en cuyo caso se tomará particularmente en cuenta la duración de la vida en común de los cónyuges. Sin embargo, si la compensación se concede a un cónyuge únicamente en atención a su edad, a su estado de salud o a su situación previsional, ésta tendrá más bien un carácter meramente asistencial. Por último, si se otorga atendiendo a la mala situación patrimonial del cónyuge beneficiario o su baja calificación (sic) profesional o a sus pocas posibilidades de acceder al mercado laboral, la compensación tendrá un marcado carácter alimenticio”⁴⁴.

⁴⁴ COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947 de 2004, analizada y comentada*, Bogotá, Legis, 2004, pp. 92 y 93.

También se ha planteado que tendría una naturaleza funcional, el profesor Mauricio Tapia expresó que “la compensación económica es –como todas las instituciones vinculadas al matrimonio– funcional a las formas de relación de cada pareja y a las diversas realidades que siguen a la ruptura. Por esto, las normas de la ley sólo son en apariencia contradictorias, pues la naturaleza de la compensación económica es directamente funcional al modelo de relación que antecedió la ruptura, al “sendero” que siguió la pareja”⁴⁵.

También en España se han planteado estas respuestas, así según Carlos Lalana “la naturaleza de la pensión por desequilibrio es compuesta. Su componente predominante, aunque no exclusivo, es el compensatorio al ser elemento esencial en la concesión de la pensión la situación posterior a la separación o divorcio, en comparación con la existente constante matrimonio... Pero también el componente asistencial es claro cuando se trata de pensión por desequilibrio económico concedida en proceso de separación, ya que pervive el deber de socorro mutuo entre los cónyuges y en este caso debe entenderse que la pensión por desequilibrio económico engloba los alimentos del cónyuge. Además si queremos lograr adecuada comprensión de la institución, tampoco podemos olvidar que la pensión se encuadra dentro del Derecho de Familia”⁴⁶.

Posición que ha sido acogida por alguna jurisprudencia en España, como la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de fecha 10 de abril de 1987, que señala: “...la pensión no tiene una naturaleza ni alimentaria ni indemnizatoria, aunque se valoren circunstancias que tengan ese carácter”... “sino un carácter mixto o híbrido asistencial, resarcitorio y compensatorio, primando una u otra faceta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso concreto...”.

⁴⁵ TAPIA RODRÍGUEZ, “La compensación económica en la Ley de Divorcio”, ob. cit., p. 4. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1161- 2005 y Rol N° 225-2006 las que señalan: “*la compensación económica es funcional a las formas de relación de pareja o modelos de familia y a las diversas realidades que siguen a la ruptura*”. Disponible en: «www.poderjudicial.cl».

⁴⁶ LALANA DEL CASTILLO, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., pp. 32 a 34.

b. Naturaleza como institución sui generis

Las profesoras Paulina Veloso y Maricruz Gómez de la Torre⁴⁷ estiman que se trata de una institución *sui generis*, que presenta sólo cierta cercanía con instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización de perjuicios o la restitución por enriquecimiento sin causa. Para llegar a esta conclusión desarrollan los siguientes argumentos.

“En efecto, se puede considerar como alimentos en cuanto en su determinación se tienen en cuenta, en cierta medida, las necesidades del acreedor y las facultades del deudor; de otra parte en el evento que se establezca el pago en cuotas periódicas, para el efecto del cumplimiento, se le asimila a los alimentos, según expresa disposición legal, artículo 66 de la NLMC. Pero no constituye alimentos, en cuanto la causa de la figura radica en las circunstancias del artículo 61 de la NLMC y no en el estado de necesidad. Los alimentos se justifican derivados de la obligación de socorro presente en el matrimonio; la compensación supone el término del vínculo. Además, lo que es muy relevante, no admite modificación en caso que varíen las circunstancias. En los países cuya legislación se ha citado, en cambio, es modificable; y termina con las nuevas nupcias o convivencia estable del cónyuge beneficiario. No es así en la legislación nacional. Se agrega que en Chile excepcionalmente constituye una pensión periódica; no así en el derecho comparado, en que es frecuente que se considere como pensión, con la periodicidad de los alimentos. De otra parte, se asemeja a la indemnización de perjuicios, en la medida que se define como una compensación por el menoscabo, esto es, en otras palabras, una indemnización por el daño. A su vez, el hecho generador del daño es un elemento normalmente voluntario de la pareja, consistente en la decisión de ambos (o de uno con el acuerdo tácito del otro) de asumir las tareas del hogar y no incorporarse al mercado de trabajo o hacerlo en menor medida, decisión que genera daño en el futuro. Obsta, en cambio, a la idea de responsabilidad las circunstancias de que no supone culpa. Ahora bien, asumiendo que la dedicación a las tareas del hogar genera en quien lo hace un empobrecimiento en el

⁴⁷ VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, *Actualidad Jurídica*, N° 13, Universidad del Desarrollo, 2006, pp. 186 y 187, en el mismo sentido, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, *ob. cit.*, p. 9.

futuro, porque tendrá una mayor dificultad ocupacional, y, de otra parte, un enriquecimiento por parte del cónyuge beneficiado con esas tareas, se acerca, en cuanto a su naturaleza, a la restitución por enriquecimiento sin causa. Se discute, sin embargo, si es sin causa. En nuestro concepto, puede estimarse que es incausado. La habría si subsistiere el matrimonio; dejaría de haberla en el evento de ruptura”.

Pablo Rodríguez ha sostenido que “se trata, creemos nosotros, de un derecho *sui generis* que es consecuencia directa e inmediata del divorcio o la nulidad del matrimonio y que debe reclamarse con ocasión de la acción deducida y no después de decretado una u otra cosa”⁴⁸.

Por su parte, Carmen Domínguez, concluye que “en cuanto a su régimen nos parece que, desde luego, no pertenece propiamente a la reparación a que apunta la responsabilidad civil y, por ende, no cabe aplicar supletoriamente el régimen común de los daños. Ello resulta evidente si se tiene presente que los requisitos que se exigen para su procedencia no son los comunes a toda acción resarcitoria. Se rige, por tanto, por las normas que la regulan en la ley y es, a partir de ellas, que la doctrina y jurisprudencia tendrán que ir configurando los principios que la disciplinan”⁴⁹.

c. Naturaleza de obligación legal

En este apartado incorporaremos las teorías que plantean que la compensación tiene naturaleza jurídica correspondiente a una obligación legal, en este sentido se ha señalado que “la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia: es solo una obligación impuesta por la ley que se concede en los eventos previstos por ella, de contenido patrimonial y

⁴⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil*. Disponible en: «www.abogados.cl» [consulta: 10 junio 2010].

⁴⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, ob. cit., p. 12, en igual sentido, LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Compensación económica en la nulidad y el divorcio*, Santiago, Librotecnia, 2006, p. 88, y PRADO LÓPEZ, Pamela, “Repercusiones económicas en la crisis matrimonial”, *Revista Escuela de Derecho*, Universidad del Mar, 2005, pp. 138 y 139.

que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar su vida separada”⁵⁰.

En igual sentido, los profesores Carlos Pizarro y Álvaro Vidal han expresado que “constituye un derecho de origen legal establecido, por acuerdo de las partes y a falta de éste, por decisión judicial. Es una obligación legal que pesa sobre el otro cónyuge —aquel que sí desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en mayor medida que el otro— quien debe ejecutar una prestación de dar en beneficio del titular”⁵¹.

No apreciamos diferencias entre señalar que se trata de una obligación *sui generis* o una obligación legal, en ambos casos se aplicarán las normas especialmente sancionadas por el legislador, es decir, los artículos 61 a 66 de la NLMC.

2. REFLEXIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA

En primer lugar, debemos descartar por completo la tesis de la naturaleza alimenticia. Como se ha expresado, ya en las actas del Congreso Nacional aparece expresamente excluida tal posibilidad, además el fundamento de la obligación alimenticia es el estado de necesidad del alimentario, es decir, el bien jurídico protegido es el derecho a la vida⁵². En cambio, la causa de la compensación es el menoscabo sufrido producto de no haber realizado una actividad remunerada, y además una vez decretado el divorcio o la nulidad, no existe título para exigir alimentos. Y porque expresamente el artículo 60 de la NLMC pone fin a las obligaciones de carácter patrimonial, como el derecho de alimentos. En otros aspectos nos remitimos a lo ya señalado.

En cuanto al enriquecimiento sin causa, hay que distinguir si la referencia es al principio o se considera como fuente de las obligaciones. Así, se

⁵⁰ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, y VARGAS ARAVENA, David, “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 35, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 451.

⁵¹ PIZARRO y VIDAL, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 32.

⁵² LEPIN MOLINA, Cristián, “Incumplimiento de la obligación alimenticia”, en *La Semana Jurídica*, N° 341, Santiago, 21 a 27 de mayo, 2007, pp. 6 y 7.

puede definir como el principio consistente en que el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique, y en cuanto a fuente de las obligaciones, consiste en una atribución patrimonial sin una justificación que la explique, de modo que, constatado, se impone la obligación de restituir⁵³.

De forma tal que considerado como fuente de las obligaciones, los presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa son: enriquecimiento de un sujeto, empobrecimiento de otro, correlatividad entre ambos y ausencia de causa del enriquecimiento. Algunos agregan la inexistencia de una acción nominada y que no se viole texto legal expreso. Actualmente, algunos sólo exigen enriquecimiento y ausencia de causa justificada⁵⁴.

En este sentido la *actio in rem verso*, para obtener la restitución, es subsidiaria, es la última vía para hacer justicia cuando el derecho positivo no contempla un medio específico para compensar un empobrecimiento injusto⁵⁵. Lo que a nuestro juicio excluye esta alternativa, pues la Ley de Matrimonio Civil regula expresamente una acción, la de compensación económica, para obtener la reparación del menoscabo económico sufrido.

Esta postura sólo podría defenderse, según Encarna Roca, si concurrieran las características que la jurisprudencia atribuye a este principio para que se pueda reclamar en base al mismo y, salvo en aquellos claramente identificados en el artículo 41 CF⁵⁶, difícilmente se puede argumentar diciendo que los papeles sociales que se atribuyen a cada cónyuge en el matrimonio y que son asumidos voluntariamente en sus relaciones internas y externas, producen un enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a costa del otro. Esto es posible argumentarlo en las relaciones de hecho⁵⁷.

⁵³ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "El enriquecimiento sin causa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIII, N° 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 72 y 73.

⁵⁴ CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, "El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Universidad Diego Portales, 2004, p. 15.

⁵⁵ CÉSPEDES PROTO, "El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena", ob. cit., p. 18.

⁵⁶ Se refiere al Código de Familia de Cataluña.

⁵⁷ ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, ob. cit., p. 186.

Como principio puede estar más cercano al derecho en comento, pero creemos que tanto la tesis de la indemnización de perjuicios como del enriquecimiento sin causa (estimada como principio de derecho) nos conducen al mismo destino, cual es compensar o indemnizar el daño causado, en las situaciones fácticas ya descritas.

Luego, considerada esta institución como una indemnización de perjuicios, la que según sabemos puede provenir de una responsabilidad subjetiva, sea esta contractual o extracontractual, o, por una responsabilidad objetiva. Importa entonces saber qué tipo de responsabilidad corresponde al objeto de nuestro estudio. En primer lugar, es necesario recordar que en términos generales, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual exigen el elemento subjetivo, determinado por el dolo o culpa; situación completamente distinta a la planteada en el Párrafo 1º, del Capítulo VII, artículos 61 a 66 de la NLMC, que no exige ni dolo ni culpa para la procedencia de la referida compensación.

Descartada esta especie, y siguiendo los planteamientos de la doctrina, procede analizar qué sucede con la responsabilidad objetiva o por riesgo creado, que prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido⁵⁸. Es aquella que el legislador reserva para aquellos casos donde una de las partes es la que crea el riesgo, por lo que debe indemnizar prescindiendo de determinar si su actividad estuvo movida por dolo o culpa; así, por ejemplo, el dueño de una empresa es responsable por los accidentes que sufran sus trabajadores, como el dueño de un vehículo lo es por los daños que ocasione en otros vehículos o en las personas. De este modo, cabe preguntarse si el matrimonio es una actividad que genere riesgos, de ser así quién crea los riesgos. Cabe decir que toda actividad humana genera riesgos, pero para que actúe el derecho, estos riesgos a lo menos deben encontrarse revestidos de una importancia, trascendencia y envergadura tal, que se haga necesaria e imperiosa la intervención.

Importante es determinar quién genera el riesgo, y es en este punto donde debemos necesariamente concluir que son ambos cónyuges, los que

⁵⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, ob. cit., p. 69.

libre y espontáneamente decidieron contraer matrimonio, por lo que no se justifica que la responsabilidad, en este sentido a lo menos, recaiga sólo sobre uno de ellos.

La profesora Maricruz Gómez de la Torre señala que el hecho generador del daño es un elemento voluntario de la pareja, decidido por ambos o por uno de ellos con el acuerdo tácito del otro cónyuge de dedicarse al cuidado de los hijos y/o a las tareas del hogar común y no trabajar remuneradamente o hacerlo en menor medida, decisión que provoca el menoscabo futuro⁵⁹.

En este sentido, creemos que vale la pena tener presente la evolución que ha tenido el derecho de daños en el derecho comparado, y muy especialmente la responsabilidad objetiva, que no se limita a los casos en que exista un riesgo, sino que por razones principalmente de equidad, se han establecido otros criterios para reparar los daños ocasionados.

Así, el jurista español Luis Zarraluqui señala “en este progreso, no sólo se incorpora a la doctrina y a la legislación sobre el Derecho de Daños, el concepto de responsabilidad objetiva, fundamentada en el riesgo, en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor, navegación aérea o energía nuclear, sino también a otros sectores, como los aprovechamientos cinegéticos y el ejercicio de la caza, en los que está presente también el elemento peligrosidad. Pero hay todavía más. Se ha ampliado este criterio de responsabilidad objetiva teniendo en cuenta otros factores, diferentes del riesgo, como es la protección de la confianza, la justicia distributiva y otras semejantes de matiz social. Así se han incorporado a esta determinación de responsabilidad, sectores como el de las leyes protectoras de consumidores y usuarios, las relativas a productos defectuosos o la prestación de servicios alimenticios, farmacéuticos, sanitarios y para niños”⁶⁰.

“La razón de aplicar a la protección de consumidores y usuarios una normativa de responsabilidad objetiva va más allá de la existencia de riesgo, que justifica materias como los vehículos de motor, aeronaves o la energía

⁵⁹GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, ob. cit., p. 8.

⁶⁰ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 90.

nuclear o, incluso, la caza. Se trata de un amparo singular por la situación de indefensión o debilidad en que el consumidor se encuentra frente al productor. La justificación es bien diferente. En estos últimos supuestos se trata de la protección del débil frente al fuerte, al inerte frente al que tiene fuerza, al que tiene menos medios frente al que tiene más. En suma, se trata de una fundamentación basada en la equidad⁶¹.

Por todo lo expuesto nos parece que la naturaleza jurídica de la compensación económica es lo que en la doctrina se denomina responsabilidad legal o sin culpa (especie de responsabilidad objetiva), que según Alessandri, es aquella que deriva exclusivamente de la ley. Se llama también *sin culpa*, porque existe aunque de parte del sujeto no haya habido la más mínima culpa y provenga de hechos lícitos o permitidos por la autoridad⁶².

Según Zarraluqui, “quizá este carácter ambiguo e indefinido se justifique mejor si se considera la obligación como producto más bien del principio real que inspira o debe inspirar esta responsabilidad objetiva, que es la *equidad*”⁶³.

Es menester tener presente que la doctrina ha discutido si estamos frente a responsabilidad en términos estrictos, lo que sin duda ocurre con la compensación económica, sin embargo creemos que se trata de reparar un cierto daño, denominado menoscabo económico, y que se prescinde de la culpa del obligado a la reparación, por lo que no es propiamente responsabilidad civil, regulada en el Código Civil.

La compensación económica conjuga precisamente la evolución que ha tenido, por una parte, el derecho de familia, y específicamente el divorcio, desde una sanción derivada de un juicio de reproche a criterios objetivos, tanto en sus causales como en la reparación de los daños ocasionados, y por otra, la evolución del derecho de daños, que en términos muy similares,

⁶¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 91.

⁶² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, ob. cit., p. 73.

⁶³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 129.

ha variado su enfoque inicial derivado del elemento subjetivo culpa o dolo, a la reparación de todo daño.

La responsabilidad es puramente legal y la establece el legislador para proteger al cónyuge más débil o al que padece el mayor daño, y exclusivamente por razones de equidad⁶⁴.

Lo que no debe entenderse como un mecanismo para equilibrar patrimonios, sino de resarcir a quien sufrió un perjuicio producto del esfuerzo en pro de la familia común, léase cuidado de los hijos o labores propias del hogar común. Este menoscabo económico, consistente en la pérdida patrimonial de todo tipo, derivada de no poder realizar una actividad remunerada o lucrativa, que se denomina **costo de oportunidad laboral**.

En este sentido, Javier Barrientos al comentar los fundamentos y específicamente los daños causados durante el matrimonio destaca el “coste de oportunidad laboral: si por la dedicación, durante el matrimonio, de uno de los cónyuges al cuidado de los hijos y a la dirección, gestión o labores del hogar común, hubiera visto impedidas sus posibilidades de formación y capacitación profesional, anuladas sus posibilidades de previsión social y asistencia de salud y, en general, anuladas o disminuidas sus oportunidades para acceder al campo laboral en condiciones de mercado, el derecho debe reconocer este coste de oportunidad laboral y establecer algún mecanismo que lo reconozca y compense”⁶⁵.

⁶⁴ Otros casos de responsabilidad civil en materia de familia los encontramos por ejemplo en el artículo 130 inciso 2° del Código Civil, que dispone “*serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido*”. El artículo 11 de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar que señala que los “*desembolsos y perjuicios patrimoniales. La sentencia establecerá la obligación del condenado de pagar a la víctima los desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado con la ejecución del o los actos constitutivos de violencia intrafamiliar objeto del juicio, incluida la reposición en dinero o en especie de bienes dañados, destruidos o perdidos. Estos perjuicios serán determinados prudencialmente por el juez*”. Y el artículo 197 inciso 2° del Código Civil, que prescribe “*la persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado*”.

⁶⁵ BARRIENTOS y NOVALES, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, ob. cit., p. 408.

Respecto al costo de oportunidad laboral como fundamento de la compensación, según Carmen Domínguez, “es la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. Este coste podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero sólo por aproximación, porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener, que es distinto”⁶⁶.

En sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 5 de noviembre de 2007, en causa Rit C-438-2005, se señala “que la naturaleza jurídica de la institución en Chile no tiene un carácter alimenticio, sino más bien encuentra su fundamento en el carácter resarcitorio de ciertos perjuicios, ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común, y que principalmente se relacionen con las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería y los perjuicios derivados del **costo de oportunidad laboral** que se refiere a las proyecciones de vida laboral futura”⁶⁷.

En igual sentido, sentencia del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, 21 de agosto de 2008, Rit C-1692-2008, expresa “*que por último, la compensación económica tiene un carácter netamente indemnizatorio, por tanto, para que proceda, es menester que el cónyuge beneficiario, por causa del matrimonio, se haya visto impedido o limitado respecto del ejercicio de una actividad remunerada*”.

También en, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de agosto de 2007, Rol N° 664-2007, en el considerando 8° señala que con la compensación económica “*se pretende cubrir, por un lado, el desequilibrio económico entre los cónyuges que impide a uno enfrentar la vida futura de modo independiente y, por otro, el costo de oportunidad laboral, esto es, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. Este costo, podría semejarse a la idea de lucro cesante, pero solamente por aproxi-*

⁶⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, ob. cit., p. 13.

⁶⁷ Lo resaltado es nuestro.

mación, porque no apunta a lo que se ha dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener que es distinto”.

Finalmente señalar que no se trata de una simple obligación legal, aunque tiene el mismo origen, porque su objeto es compensar (que es sinónimo de indemnizar, reparar o resarcir algún daño) un menoscabo (sinónimo de daño o perjuicio) económico (artículo 61 NLMC), y además porque deben acreditarse los requisitos de procedencia para su nacimiento, pues no opera en todo los casos o de pleno derecho.

CONCLUSIONES

La importancia de determinar la naturaleza jurídica, en materia de compensación económica, radica en definir temas tan relevantes como la interpretación de los requisitos de procedencia, determinar en qué consiste el menoscabo económico, la preclusión o caducidad del derecho, el grado de participación de la autonomía de la voluntad, la renuncia, las facultades del juez en la aprobación de los acuerdos sobre esta materia, las cargas impuestas en las distintas formas de pago y la aplicación de los apremios personales en los casos de incumplimiento.

La naturaleza jurídica de la compensación económica, como efecto patrimonial del matrimonio, es indemnizatoria, pero no de la regulada por el Código Civil chileno, ya que esta última exige el elemento subjetivo determinado por el dolo o culpa. Se trata de una especie de responsabilidad puramente legal, establecida por el legislador para proteger al cónyuge más débil o al que padece el mayor daño, en este caso por la ruptura matrimonial, y exclusivamente por razones de equidad. Lo que no debe entenderse como un mecanismo para equilibrar patrimonios, sino de resarcir a quien sufrió un perjuicio producto del esfuerzo en pro de la familia (cuidado de los hijos o labores propias del hogar común).

Este menoscabo económico, consistente en la pérdida patrimonial de todo tipo, derivada de no poder realizar una actividad remunerada o lucrativa, que se denomina *costo de oportunidad laboral*.