

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO

 **Abeledo Perrot®**
Legal Publishing Chile



THOMSON REUTERS

torias que la declaración de nulidad origine (art. 143 inc. 2° Cc), resultando evidente que la mala fe se origina con motivo de la anotación en el Registro de Propiedad, pues ésta constituye la formalidad de publicidad.

CAPÍTULO V LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

SUMARIO: 1. Algunas notas generales. 2. Concepto de compensación Económica. 3. Naturaleza Jurídica de la Compensación económica. 4. Configuración legal de la compensación económica. 4.1 El menoscabo económico. 4.2 La imposibilidad de desarrollo de actividad lucrativa o remunerada. 4.3 La dedicación al trabajo doméstico. 5. Armonización de los artículos 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil. 6. Determinación de la compensación económica. 6.1 Determinación convencional. 6.2 Determinación judicial. 7. Análisis de las circunstancias del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil. 7.1 La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges. 7.2 La situación patrimonial de ambos. 7.3 La buena o mala fe. 7.4 La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario. 7.5 Su situación en materia de beneficios previsionales y de salud. 7.6 Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral. 7.7 La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge. 8. El Importe de la Compensación económica. 9. Forma y pago de la Compensación. 9.1 Modalidades de compensación. 9.2 Forma de pago de la compensación. 9.3 Del carácter alimenticio de las cuotas. 9.4 Seguridades para el pago de la compensación. 9.5 Improcedencia de pago vitalicio. 10. Oportunidad procesal para pedir y para otorgar la Compensación económica. 11. Influencia de la culpabilidad en la compensación. 12. Renuncia, sustitución y modificación de la compensación económica. 13. Transmisión de la compensación económica. 14. Extinción de la compensación económica.

1. ALGUNAS NOTAS GENERALES

Con el divorcio cesa la solidaridad familiar que funcionaba vigente el matrimonio y que se manifestaba como uno de los deberes recíprocos entre los cónyuges, justificando legalmente, entre otros, el deber de socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida y el respeto y protección recíprocos. De todos ellos deriva una obligación alimenticia, que, como ya sabemos, por tratarse de una obligación de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio

termina con el divorcio (art. 60 LMC), a lo que se suma la pérdida de la vocación hereditaria.

Todo ello ha generado un nuevo problema a las legislaciones que regulan el divorcio y es el del mantenimiento post divorcio a fin de hacerse cargo de la evitación de la pobreza que muchas veces aquel produce respecto de los ex cónyuges y de los hijos. Roca ilustra sobre la forma de solución en las sociedades europeas, donde los países van desde la imposición de sistema de comunidad de bienes que, básicamente, evita la dependencia de las mujeres respecto de sus anteriores maridos; la regulación de pensiones compensatorias (con fundamento puramente indemnizatorio o de persistencia de la solidaridad entre ex cónyuges), hasta el principio de que después del divorcio cada cónyuge será responsable de su propio mantenimiento⁵⁹⁶.

En la conciencia de que la terminación del matrimonio por divorcio (o nulidad) puede producir un empeoramiento en la situación económica futura de uno de los cónyuges, como consecuencia de la disparidad de sus condiciones económicas, la legislación chilena regula como un efecto o consecuencia posible del divorcio el nacimiento del derecho a una compensación para aquel que se encuentra en situación de debilidad. Compensación que debe fijarse en la sentencia estimatoria, constituyendo una prestación pos matrimonial, un paliativo frente al problema de desigualdad económica que se genera⁵⁹⁷. Se trata de un efecto patrimonial dependiente del término del matrimonio, lo que da cuenta del aspecto creador del divorcio al permitir la generación de este derecho. En términos generales, y más allá de las diferencias concretas de los diversos ordenamientos jurídicos que regulan una institución similar, se trata de un efecto patrimonial del divorcio entre los ex cónyuges y, por tanto, plenamente disponible para ellos, con las prevenciones que veremos. Lo anterior conlleva que, en términos de su origen, pueda ser disciplinado de común acuerdo en el convenio regulador (art. 63

⁵⁹⁶ E. ROCA TRÍAS. *Derecho ante...* pp. 17-18.

⁵⁹⁷ Veloso pone de manifiesto este carácter de paliativo y de paso despeja toda duda respecto de concebir la compensación con el propósito de limitar o restringir el divorcio. Concebida como paliativo, permite explicar que no pueda ser utilizada como una sanción procesal al demandante, ni sanción al culpable de la crisis y que no se regule como pensión periódica y por toda la vida. P. VELOSO VALENZUELA. "Algunas reflexiones sobre la compensación económica". En *Revista Actualidad Jurídica*, N° 13, 2006, p. 174.

LMC) o, de lo contrario, que quede sujeto en su fijación judicial, al principio dispositivo y rogatorio, no pudiendo el juez inmiscuirse sin que haya petición de parte⁵⁹⁸, aun cuando el juez pueda estar obligado a informar a las partes que pueden pedir dicha compensación, todo ello según veremos.

La compensación no tiene carácter alimenticio ni carácter indemnizatorio vinculado a la causa del divorcio⁵⁹⁹, ni mecanismo resarcitorio de la responsabilidad contractual por lucro cesante⁶⁰⁰, más bien se consagra de forma

⁵⁹⁸ M. DE LA CÁMARA. *El Sistema...* p. 222.

⁵⁹⁹ Así lo ha debido precisar la jurisprudencia: *...no es la compensación económica una institución creada para reparar este tipo de perjuicio y puede la actora, si así lo estima, perseguir la responsabilidad del demandado de acuerdo a las normas generales del Código Civil, en la sede y de acuerdo al procedimiento correspondientes, pero lo que no puede pretender es que el supuesto perjuicio que le habrían irrogado los malos tratos del demandado le sean indemnizados por la vía del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil*. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 4 de noviembre de 2010, en autos rol N° 890-2010, caratulados "Andrea Lorena Cerón Briso con Pablo Andrés Quezada Valderrama". Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 47408.

⁶⁰⁰ Recién dictada la LMC, alguna doctrina señaló que la naturaleza de la institución era indemnizatoria basada en el esquema de la responsabilidad por lucro cesante, lo que trae como resultado que el cónyuge que la pretende debería probar que podía y quería desempeñar una actividad remunerada fuera del hogar. H. CORRAL TALCIANI. *Una ley de paradojas...* p. 266 y 267. Sin embargo, la misma doctrina dos años más tarde corrige su apreciación precisando que la compensación no tiene naturaleza alimenticia o asistencial, tampoco es una manifestación del enriquecimiento sin causa o una forma de responsabilidad civil contractual objetiva por lucro cesante o pérdida de una chance; en definitiva, se adscribe dentro de las indemnizaciones por sacrificio, esto es, un supuesto de indemnización por afectación autorizada de derechos ajenos. H. CORRAL TALCIANI. "La Compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial". En *Revista Chilena de Derecho* (2007) vol. 34, N° 1, pp. 25-26.

En España la doctrina con bastante uniformidad coincide con la ausencia de carácter alimenticio e indemnizatorio de la compensación. J.L. LACRUZ-J. RAMS. *Elementos...* p. 105, M. CLEMENTE MEORO, en E. ROCA TRÍAS (COORD.). *Derecho de...* p. 166. Reina, en sentido distinto, caracterizaba la pensión a un tiempo indemnizatoria y alimenticia, argumentando respecto de este último aspecto que su fijación se hace para que el beneficiario pueda sustentarse con ella en el nivel relativo a que el legislador entiende que tiene derecho. El carácter indemnizatorio que le atribuía se corresponde con el desequilibrio económico y no con una eventual situación de culpa. V. REINA, J. MARTINELL, *Curso...*, p. 684. Forcada Miranda, con una mirada novedosa sobre el asunto, estima que la última modificación legal, dio realce a la naturaleza mixta de la compensación, concurriendo en ella el carácter asistencial, resarcitorio y compensatorio, lo que considera adecuado frente a posturas unilaterales que generan problemas de interpretación. F. FORCADA MIRANDA. "Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio". En *Novedades Legislativas en materia matrimonial*, Madrid, 2007, CGPJ, pp. 96 y ss.

neutral e igualitaria para los cónyuges que optan por resolver su crisis por la vía del divorcio pudiendo ser, en términos muy generales, demandada o acordada a favor del cónyuge económicamente más débil, según la concurrencia de las condicionantes concretas que asume en cada ordenamiento la institución. Se señala que la institución persigue un objetivo de justicia consistente en que el divorcio no deje a un cónyuge en la indigencia para que pueda seguir viviendo dignamente⁶⁰¹. Sin embargo, también se puede ver que en la apreciación legislativa se recoge el caso típico que refiere a la cónyuge, es decir, por la forma como ha quedado regulado se trata de un derecho que normalmente asiste a la mujer, por ser ésta quien habitualmente se dedica al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar (artículo 61 ley N° 19.947). En este sentido Corral comenta que el caso que los legisladores tuvieron en vista para instituir esta nueva figura legal es el de la mujer que, normalmente habiendo llevado el mayor peso de las responsabilidades de la familia, es objeto del divorcio por voluntad unilateral del marido, constituyendo su función el servir de paliativo del desamparo económico en que queda esta mujer que, confiando en la promesa matrimonial del marido, invirtió todos sus esfuerzos en sacar adelante la familia⁶⁰². Razones de no discriminación habían hecho que se extendiera el beneficio a cualquiera de los cónyuges.

Desde un punto de vista normativo, de lo que se trata es de establecer relaciones de justicia económica entre los ex cónyuges que corrijan el desmedro que se produce respecto de uno de ellos, como consecuencia del divorcio⁶⁰³, pero no a todo evento o no simplemente con razón de haber existido entre ellos un matrimonio, sino sólo si se dan, respecto de alguno

⁶⁰¹ R. RAMOS PAZOS. *Derecho...* p. 110.

⁶⁰² H. CORRAL TALCIANI. *La Compensación...* pp. 24-25. En la misma línea Veloso, quien afirma que la institución responde a una mirada de género de las relaciones entre los cónyuges. P. VELOSO VALENZUELA. *Algunas reflexiones...* p. 187.

En España sucede algo muy parecido pero no por vía legal sino por vía judicial. En efecto, al mismo tiempo que se afirma con seguridad que la pensión compensatoria no es una vía de protección de la condición femenina ni una sanción civil por la que se castiga al cónyuge culpable y se favorece al inocente, pudiendo cualquiera de los cónyuges ser favorecido con ella; se comenta que la práctica judicial posterior a 1981, demuestra que de lo que se trata con esta institución es de proveer una pensión a favor de la esposa divorciada, originada por una visión jerárquica y masculina. J. RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, vol. 1, Barcelona 2000, Bosch, pp. 1023 y ss.

⁶⁰³ C. PEÑA GONZÁLEZ. *Nueva ley...* p. 69.

de los cónyuges las circunstancias especiales que la ley establece. En este sentido no es el divorcio en sí mismo indemnizable o respecto del cual se pide una reparación, pues el divorcio es una institución permitida y reglamentada en la ley⁶⁰⁴.

Su procedencia es independiente del régimen de bienes que hubiera operado vigente el matrimonio⁶⁰⁵ y de la situación socioeconómica de entrada al mismo. A diferencia de otros efectos del divorcio que pueden tener carácter previo o provisional, la compensación tiene siempre carácter definitivo, esto es, sólo procede en virtud del divorcio declarado judicialmente, debiendo constar en la sentencia respectiva. Desde su fijación, constituye para el beneficiario un derecho subjetivo de crédito personalísimo⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ La doctrina que distingue entre los daños que produce el divorcio en sí mismo y los daños que se producen con ocasión de los hechos que dan lugar al divorcio (por ej., incumplimiento de deberes conyugales) estima que los primeros no pueden ni deben ser indemnizados, ya que no existe la antijuridicidad del hecho, al ser el divorcio una solución que la ley suministra ante la ruptura del matrimonio, en consecuencia, no puede ser considerada una fuente generadora de daño. F. HERANE VIVES. "Reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales". En *Estudios de Derecho Civil*. Tomo V Familia y Derecho Sucesorio. AbeledoPerrot, 2011, p. 110. Volviendo sobre la compensación económica, resulta que ninguno de los daños referidos por el autor pueden ser indemnizados por medio de ella pues su finalidad es diversa y su fuente específica.

⁶⁰⁵ VELOSO ilustra sobre opiniones vertidas en la discusión parlamentaria en orden a la improcedencia de la compensación económica en caso de haber existido entre los cónyuges régimen de sociedad conyugal, lo que finalmente no prosperó por los distintos objetivos que persiguen dichas instituciones. En efecto, la distribución de gananciales al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal disuelta cumpliría el propósito de compartir los ingresos generados en el pasado, la compensación económica, en cambio, pretende relaciones equitativas hacia el futuro, aun cuando para ello debe mirar hacia atrás. P. VELOSO VALENZUELA. *Algunas reflexiones...* pp. 183-184.

Sobre la compatibilidad de la compensación económica con el régimen de separación que se puede pactar en capitulaciones entre los cónyuges, el Tribunal Supremo español, en sentencia de 10 de marzo de 2009, desestimó la alegación del recurrente en orden a que, partiendo del carácter dispositivo de la compensación, se considerara que la esposa renunció a la pensión en el pacto de capitulaciones matrimoniales relativo a la separación de bienes, ya que cuando se expresaba en las referidas capitulaciones que la voluntad de los esposos era correr con sus gastos "de cualquier tipo y en cualquier circunstancia" era tan solo una consecuencia del régimen de separación por el que habían optado, pero el negocio capitular en caso alguno comprendía en su objeto lo relativo a la disposición del derecho a pensión compensatoria que pudiera corresponder a cualquiera de los esposos al tiempo del divorcio. Recurso N° 1541/2003, disponible en www.poderjudicial.es. Id Cendoj: 28079110012009100152.

⁶⁰⁶ La razón de ser de este último carácter, explica Clemente Meoro, radica en que la compensación se conecta directamente con la extinción o modificación de una situación estrictamente

El fundamento central de la compensación económica chilena pareciera ser el carácter resarcitorio de ciertos perjuicios patrimoniales ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común durante el matrimonio⁶⁰⁷. Estos perjuicios se manifestarían, por un lado, en pérdidas económicas derivadas de no haber podido uno de los cónyuges durante el matrimonio dedicarse a una actividad remunerada o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería y, por otro, en el coste de oportunidad laboral, referido a las oportunidades económicas futuras de aquel cónyuge⁶⁰⁸. Su objetivo no es restituir lo perdido por su equivalente exacto, sólo se busca mitigar la situación económica desmedrada que afecta a quien tiene derecho a ella⁶⁰⁹, por tanto, no se concibe como mecanismo igualatorio. Sin que se parta de una igualdad ideal o se trate de asegurar un *modus vivendi* a perpetuidad ni menos una indemnización por la pérdida de la convivencia, queda, entonces, configurada su naturaleza meramente compensatoria ligada al dato objetivo de la existencia de menoscabo económico causada por los motivos referidos.

Se observa una aspiración legislativa en orden a asegurar una perspectiva económica futura del ex cónyuge que sufre el empeoramiento de su situación económica a causa del divorcio, al menos en términos de no disminuir drásticamente su estándar de vida cercano al constante matrimonio (que no

Continuación nota ⁶⁰⁶

personal como es el matrimonio, siendo de carácter personal también la circunstancia a tener en cuenta para su fijación y para su modificación o extinción. M. CLEMENTE MEORO, en E. ROCA TRIAS (COORD.). *Derecho de...* p. 168.

⁶⁰⁷ En igual sentido, R. DOMÍNGUEZ AGUILA. *La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*. En *Actualidad Jurídica*, N° 15, 2007, p. 89.

⁶⁰⁸ En este mismo sentido, Corte Suprema, 2 de julio de 2008 en autos rol N° 3.506-2008 "Mónica del Carmen Dubal Délano con Omar Patricio Saavedra Larrain". Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador 39361. También Barrientos; sin embargo, como precisa el autor, las permanentes imprecisiones en la discusión y tramitación de la ley N° 19.947 sobre todo en materia de fundamento, naturaleza y fines de la compensación impide hallar una opinión definitiva y categórica al tema en la historia fidedigna del establecimiento de la ley. J. BARRIENTOS-A. NOVALES. *Nuevo Derecho...* pp. 420 y ss.

⁶⁰⁹ En Sentencia de la Corte Suprema de 19 de enero de 2009 en autos "Christian Omar Matta García con Sandra Aracelli Escobar Lacroix", rol N° 7.939-2008. Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador 41571. En igual sentido: *la compensación económica no corresponde al valor exacto de lo que habría podido obtener el cónyuge beneficiario de haber trabajado o haberlo hecho en mayor medida*. Corte Suprema 27 de abril 2009.

es lo mismo que asegurar o mantener dicho estándar), por cuanto será aquel cónyuge, atendido el empeoramiento de su situación económica por las razones jurídicamente relevantes, quien se constituye en una situación de debilidad que amerita protección. En definitiva, la compensación económica por divorcio es un derecho para el cónyuge económicamente más débil al tiempo del término del matrimonio, que procede por la concurrencia de los presupuestos legales y que es de cargo del otro cónyuge⁶¹⁰ y cuyo objetivo es corregir la carencia económica de aquél.

Pero ¿Cuál es la razón o fundamento que genera derecho a mantener un relativo nivel económico cercano al vigente el matrimonio a tal punto que grava a un ex cónyuge en beneficio del otro? En nuestro medio se han propuestos distintas posturas para dar respuesta a la primera cuestión que emana de esta pregunta, esto es, el fundamento del derecho, resaltando la idea de la dedicación de uno de los cónyuges al proyecto de vida que fue común y que aquel estimaba durable, de modo que hay una suerte de legitimidad de la protección del sacrificio y de esa perspectiva de continuidad, que uno de los cónyuges consideró tan valiosa que ameritó su postergación personal en aras de la familia y, en consecuencia, en beneficio también del otro cónyuge⁶¹¹, aun cuando, como se ha advertido también, no se acomoda del todo dicha explicación a aquellos casos en que es el cónyuge que solicita el divorcio el que con su mérito demanda también la compensación⁶¹². Por ello la misma idea debe ser complementada, así, si bien los cónyuges celebran, en general, el matrimonio en la confianza que

⁶¹⁰ La eventualidad de verse afecto al pago de una compensación por desequilibrio o compensación económica desproporcionada puede constituirse en un incentivo para no divorciarse y antes aún, en un incentivo para no contraer matrimonio y, por tanto, contribuir a debilitar la institución matrimonial frente a otras formas de uniones de pareja.

⁶¹¹ Opacidad existe en el ordenamiento español respecto de la razón que justifica la protección legal del cónyuge desmejorado económicamente, lo que puede generar situaciones sin sentido como derecho a compensación del cónyuge que no cooperó en el proyecto común, que no postergó sus aspiraciones individuales, que con su conducta favoreció el cese de la convivencia para, finalmente, terminar solicitando el divorcio y reclamando una compensación atendido un impersonal cálculo numérico que arroja desequilibrio en su favor. Más extravagante resulta el sistema de compensación español, cuando se observa que la liquidación de la comunidad de gananciales ya cumple una función equilibradora.

⁶¹² C. URZÚA R. *Fundamento, naturaleza jurídica y requisitos de procedencia de la compensación económica en la ley de matrimonio civil*. Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJD167.

es indisoluble⁶¹³ y en base a esa confianza sacrifican, postergan y renuncian a facetas inherentes y propias de personas que tienen vida separada, a lo que se agrega el cúmulo de expectativas emanado del estatuto protector del matrimonio, que confiere a los cónyuges una dosis de seguridad; escenario en el cual la asimetría entre los cónyuges, durante el matrimonio, resulta irrelevante y se justifica en su aportación al crecimiento y normal desarrollo de la comunidad de vida matrimonial; una vez terminado aquel, resulta que el sacrificio de uno de ellos pierde sentido, ya no tiene contrapartida y queda en evidencia una desigualdad, un menoscabo económico que el legislador debe corregir. A partir de ahí se ha propuesto un fundamento doble: el empobrecimiento que uno de los cónyuges por no haber podido desarrollar en forma plena una actividad remunerada al haberse dedicado a la familia y que lo deja en un plano de desigualdad para rehacer la vida futura separada, revelándose ante la sociedad y el Derecho como el cónyuge más débil y, por otro, la protección de la confianza de aquel cónyuge respecto de una comunidad estimada para toda la vida y que justificó su sacrificio⁶¹⁴. El derecho a la compensación del cónyuge más débil se explica, en primer término, en la desigualdad manifestada en el menoscabo, en el empobrecimiento y, luego, en el sacrificio personal en provecho de la comunidad matrimonial de la cual formó parte. La prueba del menoscabo económico y de la dedicación de uno de los cónyuges a las tareas del hogar o al cuidado de los hijos, así como la imposibilidad de trabajo pleno en igual período —elementos legales de la configuración de la compensación—, son las cuestiones que deben ser probadas para la admisión del derecho⁶¹⁵.

⁶¹³ Pese a la incorporación del divorcio, se estima por regla general indisoluble el matrimonio y los contrayentes se unen para todas las circunstancias de la vida. A. VIDAL OLIVARES. "La compensación económica. Autonomía privada y tutela judicial". En *Revista Derecho Mayor*, N° 6, 2007, p. 198.

⁶¹⁴ A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* pp. 22 y ss.

⁶¹⁵ Algunos autores no aluden a todas estas circunstancias, sino solo a la prueba del menoscabo y de lo que denominan "sacrificio" del cónyuge acreedor durante el matrimonio. C. PIZARRO WILSON. *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*. En A. ONFRAY VIVANCO (editor). *Seminarios de Actualización*. N° 43, 2006, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, p. 21. Otros, se refieren a la existencia de varios fundamentos que explican los diversos fines de la institución y que provocan la sostenida discusión sobre su naturaleza jurídica, éstos serían: la compensación de una expectativa frustrada en la vida matrimonial, la sanción al enriquecimiento por colaboración y la distribución del provecho derivado de la

La segunda cuestión que emana de la pregunta antecedente es el fundamento de la obligación de pagar la compensación que pesa sobre el otro cónyuge. La respuesta a esta parte de la interrogante permite diferenciar claramente la compensación económica de cualquier indemnización civil, pues aquella no proviene de la atribución de la reparación de un daño que el cónyuge deudor ha causado, él no ha causado el menoscabo por su hecho; si debe pagar la compensación es porque él ha resultado en cierta medida beneficiado por la dedicación del otro cónyuge a las labores domésticas; esa dedicación le ha permitido desarrollarse profesionalmente y tener, por ende, una mejor situación patrimonial⁶¹⁶.

La jurisprudencia coincide hoy, sin lugar a dudas —y más allá de la imprecisión en el uso de ciertos términos como "desequilibrio"—, en iguales fundamentos para el derecho: *la reparación que se impone por la ley busca corregir este desequilibrio entre las partes, a fin de que las mismas puedan enfrentar individualmente el futuro, protegiéndose de esta manera a la que ha tenido la condición de más débil. Esto encuentra justificación en que precisamente al producirse el término del vínculo matrimonial que unía a las partes, deja de tener causa tal detrimento, el que durante la vigencia del mismo se veía compensado con las obligaciones y deberes que la ley establece para la institución del matrimonio, como el deber de asistencia y socorro que existe entre los cónyuges del que derivan entre otras, la obligación de proporcionar alimentos*⁶¹⁷.

Estos mismos fundamentos permiten entender por qué, en caso de separación de hecho o judicial, no se da lugar a la compensación económica. Si bien la confianza en la continuidad de la comunidad de vida se ve igualmente afectada y se puede generar a propósito de vida separada probablemente un menoscabo, un empobrecimiento, una desigual económica, la diferencia radical es que el mantenimiento del vínculo conyugal no hace desaparecer el cúmulo de expectativas que genera el matrimonio y ambos cónyuges

Continuación nota ⁶¹⁵

dedicación a los descendientes comunes. P. RODRÍGUEZ GREZ, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* pp. 382-283.

⁶¹⁶ Así lo ha entendido también R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *La compensación...* p. 89.

⁶¹⁷ Corte Suprema, sentencia de 9 de mayo de 2011, en autos rol N° 726-11, caratulados "Mastrantonio Freitas, Juan E. c/ Garrido Bravo, Marta E.". Disponible en www.microjuris.com, cita MJCH_MJJ27533.

mantienen los deberes de socorro recíproco, devengándose alimentos entre ellos, pudiendo afectarse bienes familiares respecto del inmueble que sigue sirviendo de residencia principal de la familia y conservándose la vocación hereditaria.

La jurisprudencia chilena, ha destacado las diferencias que existen entre la compensación económica y la liquidación de la sociedad conyugal y en base a ello estima que no cabe sustitución entre ellas: *Que ahora bien, mientras la compensación económica está destinada a reparar el menoscabo que se produjo en el patrimonio de uno de los cónyuges como consecuencia de haberse dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o del hogar común, en la medida que ello le impidió desarrollar una actividad remunerada, la liquidación de la sociedad conyugal es la forma ordinaria de poner término a la comunidad que se forma entre los cónyuges, al disolverse dicho régimen matrimonial, por cualquiera de las causas que contempla la ley (considerando quinto). Que lo anterior significa que los gananciales obtenidos al liquidar la sociedad conyugal, tienen una causa jurídica distinta e independiente de los hechos que motivan la compensación económica y, en consecuencia, no cabe sustitución alguna entre ellos. Cosa distinta es que al determinarse la procedencia y cuantía de la compensación, se atienda, entre otros criterios, a la situación patrimonial de ambos cónyuges (considerando sexto)*⁶¹⁸.

2. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Podemos definir la compensación económica como el derecho de familia que asiste a uno de los cónyuges cuando durante el matrimonio no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, para exigir del otro, al tiempo de la nulidad del matrimonio o del divorcio, una prestación económica determinada que corrija su carencia económica y evite, en la medida de lo posible, su empobrecimiento hacia el futuro⁶¹⁹.

⁶¹⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 12 de septiembre de 2008, en autos rol N° 2.810-2008, caratulados "Luis Alberto Salazar Gálvez con Margarita del Tránsito Ramírez Torres". Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador 39898.

⁶¹⁹ En igual sentido la jurisprudencia: *De las disposiciones citadas, puede concluirse que la institución en estudio consiste en el derecho que asiste a uno de los cónyuges cuando por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar no pudo durante*

Enfatizando en su contenido, y obviando también a las partes de la relación jurídica subyacente, se ha entendido la compensación económica no como el derecho, sino como la suma de dinero o prestación única que se reconoce a título de compensación y que puede pagarse de contado, en cuotas o bajo otra cualquiera de las modalidades que la propia ley designa en protección del interés del cónyuge acreedor⁶²⁰ o como el conjunto de prestaciones (generalmente por una suma de dinero) que tiene derecho a recibir el cónyuge más débil a propósito del divorcio o la nulidad de matrimonio con el objeto de proporcionarle una asistencia o resarcimiento pecuniario por motivo de haberse dedicado a las labores del hogar o la crianza, sea en instancia judicial o de mutuo acuerdo, la que debe constar en escritura pública o acta de avenimiento⁶²¹. Esta forma de conceptualizarla puede ser el resultado de la forma polisémica en que han sido empleados los términos por el propio legislador⁶²².

En nuestra opinión, la esencialidad de la institución es ser un derecho de familia nuevo, excepcional, de carácter patrimonial⁶²³, integrado en nuestro

Continuación nota ⁶¹⁹

el matrimonio desarrollar una actividad lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o la nulidad, sufrirá por ésta causa. CS, sentencia de 9 de mayo 2011.

⁶²⁰ Dicha compensación, se aclara, no puede ni debe confundirse con eventuales indemnizaciones de perjuicios a que pueda ser condenado uno u otro cónyuge por los daños irrogados al otro con ocasión de una causal de divorcio. Por otro lado, la compensación económica es perfectamente compatible con una eventual responsabilidad civil. A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* pp. 18-20. Antes el mismo autor había definido la compensación, con mayor acierto, como un derecho de naturaleza familiar de carácter patrimonial que se reconoce al cónyuge que se halla en el supuesto típico del art. 61 LMC y que acredite, conforme con el art. 62 LMC, que el divorcio o la declaración de nulidad le provoca un menoscabo económico (A. VIDAL OLIVARES. "La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial". En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol XXXI, 2008, pp. 289 y 319).

⁶²¹ C. LÓPEZ DÍAZ. *Manual de...* p. 371.

⁶²² Barrientos identifica tres significados diversos de la expresión legal: un cierto "derecho" de uno de los cónyuges (art. 61 LMC, 62 inc. 2°, 64 inc. 2°); el objeto sobre el que recae ese tal derecho (art. 62 inc. 1°, 63, 64 inc. 3°) y, el contenido de ese objeto sobre el que recae ese tal derecho (art. 65 inc. 1°). J. BARRIENTOS GRANDÓN. *La compensación...*, p. 10.

⁶²³ Revelar su carácter de derecho familiar, como parte esencial de su configuración, no es poco decir y bastante aporta a su análisis, pues como apunta la doctrina, justamente dicho carácter torna inaplicables a su respecto las disposiciones que configuran la disciplina de los derechos personales o créditos fijada en el Libro IV del Cc, de los que se siguen diversas conse-

ordenamiento jurídico por la LMC: *tendrá derecho a que (...), se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa* (art. 61 LMC); que solo procede en caso de nulidad o divorcio y que requiere para su configuración de una rigurosa concatenación de presupuestos, que veremos, dando lugar a una relación jurídica entre anteriores cónyuges, en virtud de la cual, uno de ellos se constituye en titular del derecho, esto es, en acreedor del otro, normalmente de una cierta suma de dinero, conforme a su propio convenio o a la decisión judicial. Fijada la compensación económica por sentencia judicial o acuerdo de las partes aprobado por el tribunal, nace el derecho personal o de crédito para el cónyuge más débil, el cual ingresa a su patrimonio y, por tanto, le otorga el poder o facultad de exigir su satisfacción; antes de su determinación, el cónyuge más débil tiene una mera expectativa en relación con tal derecho.

Queda claro, conceptualmente también, que la compensación económica no procede siempre, de forma irrestricta existiendo disparidad o desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, como consecuencia del divorcio o la nulidad de matrimonio, sino que se da lugar al nacimiento del derecho, considerando aquel presupuesto basal de procedencia (el divorcio o la nulidad), cuando concurren los requisitos o presupuestos legales que configuran el derecho. Dicha concurrencia de requisitos debe aparecer probada al tiempo de la sentencia de divorcio, por tanto, si durante la tramitación del juicio fallece el cónyuge respecto del cual se configurarían los presupuestos legales para reclamarla, se pierde tal derecho, el que no puede ser impetrado por persona distinta de los cónyuges, además de haber terminado el matrimonio por muerte y no por una de las causales que restrictivamente la hacen procedente.

Continuación nota ⁶²³

ciencias, entre ellas, que la eventual naturaleza reparatoria o indemnizatoria de la compensación ha de ser la propia de la reparación en sede familiar y no la de la reparación del daño en sede patrimonial (contractual o extracontractual) y, por otro lado, impide que la categoría de "menoscabo económico" sea, ligeramente, identificada con las nociones de "daño" o "perjuicios" en sede de responsabilidad contractual o extracontractual, exigiendo que sea delimitado en el ámbito propio del Derecho Matrimonial y en el más amplio campo del Derecho de Familia, pues constituye una categoría propia de aquél y al interior de éste. J. BARRIENTOS GRANDON. *La compensación...* pp. 17-20. Nosotros podemos apuntar, además, que ese carácter además impone la aplicación como criterio de solución de conflictos a su respecto, de principios propios del derecho de familia, específicamente, los mencionados en la propia LMC y no se orienten las decisiones en principios propios del derecho patrimonial.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Ya en doctrina se ha adelantado bastante sobre esta cuestión, luego de una evolución argumentativa superada y que no reproduciremos⁶²⁴; la jurisprudencia, por su parte, ha ido asentando, también, en su realidad aplicativa, qué es lo propio de este derecho⁶²⁵. Como hemos anticipado, en nuestra opinión la compensación económica no tiene naturaleza ni alimenticia ni indemnizatoria, sino que se trata de un derecho que establece un medio de corrección del desmedro económico, de resarcimiento del menoscabo, que tiene configuración propia fijada por ley; *es un derecho y correlativamente una obligación, de origen legal, cuyo objetivo es corregir la disparidad que el divorcio o la nulidad producen, evitando (o, al menos, mitigando) un empeoramiento (económico) futuro*⁶²⁶. La idea de paliativo ha sido recogida también por nuestro máximo tribunal: *Este instituto representa la concreción del principio de protección del cónyuge más débil, consagrado en el artículo 3° de la ley N°19.947, desde que el mismo pretende evitar o paliar los efectos derivados de la falta de equivalencia patrimonial y de*

⁶²⁴ Un recuento de las distintas teorías doctrinarias se encuentra en C. URZÚA R. *Fundamento...*, y en C. CÉSPEDES-D. VARGAS. "Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España". En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 3, 2008, pp. 439 y ss. También J. BARRIENTOS-A. NOVALES. *Nuevo Derecho...* pp. 404 y ss., quienes ofrecen además una visión comparada. Una exposición de la historia del establecimiento de las normas y de las dos posiciones más recurrentes (naturaleza alimentaria y naturaleza indemnizatoria) se puede ver en A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* pp. 29 y ss. Este autor además sostiene y argumenta que la compensación económica no responde a la estructura y criterios propios de la responsabilidad civil. Turner, por su parte, si bien señala que la compensación participa de la naturaleza reparatoria, formula una serie de reparos de carácter formal y de fondo: por un lado, no opera la compensación en el sentido que atribuye el art. 1655 y ss. Cc y no existe tampoco la comparación de patrimonios propia del derecho español. En el aspecto material repara sobre las imprecisiones en la delimitación de sus supuestos de hecho. Concluye postulando que en base al circunstancias del art. 62 la institución se acerca más a un mecanismo que pretende evitar que, a consecuencia de la ruptura del vínculo, se produzca entre los cónyuges una situación patrimonial abiertamente injusta, lo que igualmente pierde cierto sustento, mirado a la luz del criterio de culpabilidad utilizado en la atribución y determinación de la compensación económica. S. TURNER SAELZER. *Las prestaciones...* pp. 99-100.

⁶²⁵ Una muestra de lo dicho por jurisprudencia se puede ver en M. QUINTANA VILLA. "Aplicación jurisprudencial de las nuevas causales de terminación del matrimonio". En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, 2008, pp. 280 y ss.

⁶²⁶ A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 43. Los paréntesis son nuestros.

*perspectivas económicas futuras producidas entre los cónyuges como consecuencia de haberse originado las situaciones descritas*⁶²⁷.

Al fin, de lo que se trata cuando la ley establece normas que protegen al cónyuge más débil intentando establecer relaciones equitativas hacia el futuro, en miras de su sobrevivencia y mantenimiento económico, no es otra cosa que de un fundamento de equidad, que impide a quienes alguna vez formaron una comunidad de vida —que quizá dio nacimiento a nuevos integrantes—, aparecer luego del divorcio como dos extraños⁶²⁸.

Conforme a su naturaleza, la compensación económica no está destinada a indemnizar cualquier daño económico entre los cónyuges, no cubre el lucro cesante, ni el valor exacto del trabajo doméstico, ni de los costos de oportunidad del cónyuge más débil⁶²⁹. *Que la compensación económica reconoce como fundamentos el desequilibrio económico entre los cónyuges, causado por la terminación del matrimonio y la necesidad o carencia de medios de uno de ellos para asegurar su subsistencia futura y el trabajo realizado por ellos en pro de la familia. Sin embargo, la misma no puede hacerse extensiva a la indemnización por daños económicos ocasionados durante el matrimonio, al no haber sido prevista esta institución en dichos términos por el legislador, según se aprecia del claro tenor del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, el que circunscribe la procedencia de este derecho al menoscabo económico sufrido a causa de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, como consecuencia de su dedicación al cuidado de los hijos y/o del hogar común*⁶³⁰. La reparación que se impone por la ley mediante la compensación busca corregir el menoscabo o desmedro económico de uno de ellos producido por circunstancias matrimoniales específicas, y que puede externamente quedar de manifiesto o ser más evidente al observar un desequilibrio o disparidad entre las partes, pero este desequilibrio no es su fundamento, ni su causa inmediata en nuestro ordenamiento jurídico. La corrección permite que los cónyuges puedan enfrentar la situación futura

⁶²⁷ Corte Suprema, sentencia de 9 de mayo 2011.

⁶²⁸ C. CÉSPEDES-D. VARGAS. *Acerca de...* p. 452.

⁶²⁹ A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 27. J. BARRIENTOS GRANDÓN. *La compensación...* p. 20.

⁶³⁰ Corte Suprema, sentencia de 28 de enero de 2011, en autos rol N° 7.636-10, caratulados Bustos c/ Korts, disponible en www.microjuris.com. Cita: MJCH_MJJ26205.

e individual, protegiéndose de esta manera al que tiene la condición de más débil. Este detrimento se torna relevante al terminar el matrimonio, pues con ello finalizan una serie de obligaciones y deberes que compensaban de alguna manera este desequilibrio durante la vigencia del mismo⁶³¹.

A partir de ahí, la compensación no puede hacerse extensiva a la indemnización por daños económicos ocasionados durante el matrimonio, al no haber sido prevista esta institución en dichos términos por el legislador, según se aprecia del claro tenor del artículo 61 LMC, el que circunscribe la procedencia de este derecho, al menoscabo económico sufrido a causa de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, como consecuencia de su dedicación al cuidado de los hijos y/o del hogar común⁶³².

En el mismo orden de ideas, pero observando la situación del cónyuge deudor, se postula que una vez establecida la compensación surge para él una obligación de contenido patrimonial, impuesta por ley, concedida en los eventos previstos por ella y que se funda en la equidad⁶³³.

4. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La compensación económica es una institución extraordinaria, que debe interpretarse en sentido estricto y otorgarse solo en la medida que se acrediten los requisitos que taxativamente impone la ley. No constituye una regla general que debe tener lugar a todo evento, por el solo hecho del matrimonio y una vez declarada la nulidad o el divorcio.

⁶³¹ Sentencia de la Corte Suprema de 7 de julio de 2009 en autos “Cesar Julio Cintolesi Richter con Ximena Letelier Riquelme”, rol N° 1.370-2009. Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador 42179. En la sentencia la Corte consideró que, no obstante la dedicación de la cónyuge al cuidado de los hijos, ésta pudo concluir su carrera profesional y ejercer como médico durante la vigencia del matrimonio contando con un trabajo estable, circunstancia que no permite concluir que sea la parte más débil de la concluida relación matrimonial, ni que se encuentre en un estado de desigualdad o disparidad patrimonial o de posibilidades laborales en relación a su cónyuge y que haya que restablecer para que pueda enfrentar su vida futura de forma separada. Por estimar no configurado el requisito esencial de la compensación, esto es, la existencia del menoscabo patrimonial, se acogió el recurso de casación.

⁶³² Corte Suprema, 28 de enero de 2011, en autos rol N° 7.636-10, caratulados “Bustos c/ Korts”. Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ26205.

⁶³³ C. CÉSPEDES-D. VARGAS. *Acerca de...* p. 451.

La condición objetiva inicial para que sea procedente la compensación es el divorcio⁶³⁴; el art. 61 LMC establece: *Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.* A partir de ahí, el menoscabo económico, la imposibilidad de desarrollo en plenitud de alguna actividad lucrativa o remunerada y la dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común (trabajo doméstico) conforman una red de condicionantes de concurrencia necesaria para hacer operativo el derecho. El que alega la procedencia de la compensación, deberá probar los antecedentes fácticos que la hacen procedente de acuerdo a esta configuración⁶³⁵.

4.1 El Menoscabo económico

El requisito esencial del derecho, presupuesto esencial de la acción, es el menoscabo económico⁶³⁶, así la ruptura conyugal concretizada en

⁶³⁴ Alguna doctrina estima que el divorcio o la nulidad cumplen sólo la función de fijar el momento en que se hace exigible la compensación del menoscabo económico sufrido. S. TURNER SAELZER. *Las prestaciones...* p. 97. La compensación económica que se origina a propósito de la nulidad del matrimonio, no será abordada en este trabajo, pues excede nuestros objetivos.

⁶³⁵ En tal sentido, si *No se ha acreditado con los medios de prueba incorporados, ni siquiera por su propia declaración que la cónyuge durante el matrimonio se haya dedicado a las labores propias del hogar o al cuidado de los hijos, no pudiendo ejercer una actividad remunerada y lucrativa, o habiéndolo hecho en menor medida de lo que quería o podía, además ella misma expuso haber realizado cursos de capacitación en diferentes materias en Chile, Venezuela y Estados Unidos y haber realizado actividades laborales en Venezuela hasta que por motivos externos al matrimonio estas finalizaron. Que, además de lo anterior no existe ninguna prueba que refiera a la existencia de un menoscabo económico, en el sentido querido por el legislador;* no cabe sino rechazar la demanda reconvenzional de compensación económica en todas sus partes, como resolvió el Tercer Juzgado de Familia de Santiago con fecha veintidós de diciembre de dos mil nueve; fallo apelado y revocado por la CA de Santiago fijándose una compensación de \$100.000.000, pese a mantener las consideraciones del juez de familia; esta última resolución fue invalidada de oficio por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, la que confirmó la sentencia apelada. Corte Suprema, sentencia de 10 de enero de 2011, en autos rol N° 8.365-2010, caratulados "Juana Victoria Salamé Hirmas con Félix Domingo Said Yarur". Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 47604.

⁶³⁶ Fluye como requisito esencial para la procedencia de la compensación económica la existencia de menoscabo en el cónyuge que la solicita, constituyendo este elemento el presu-

la sentencia de divorcio, debe dejar de manifiesto dicho menoscabo en la situación económica de un ex cónyuge, de tal suerte que de no haber mediado aquella no se habría patentizado éste⁶³⁷. El divorcio se constituye en la circunstancia habilitante para el ejercicio de la acción a demandar el derecho a la compensación cuando durante el matrimonio hubiere operado el menoscabo referido en la ley⁶³⁸. Las circunstancias económicas sobrevenidas o las variaciones posteriores en la fortuna de los ex cónyuges no dan derecho a la compensación si no lo hubo antes al tiempo de decretarse el divorcio⁶³⁹; más aún, no procederá tampoco compensación aun cuando el menoscabo económico existiera al tiempo de la ruptura si no es solicitado y resuelto en la sentencia de divorcio, por operar la preclusión procesal del derecho.

El menoscabo económico se traduce o manifiesta en una carencia de bienes que genera un empeoramiento de la situación económica de un cónyuge a partir del divorcio, esto es, en una pérdida de naturaleza patrimonial⁶⁴⁰. Perjuicios de otra naturaleza –de orden extramatrimonial– sufridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, pueden ser compensados utilizando el régimen general de responsabilidad civil. La jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce uniformemente la centralidad de este elemento, y lo conceptualiza en los siguientes términos: *fluye como requisito esencial para la procedencia de la compensación económica la existencia*

Continuación nota ⁶³⁶

puesto de la acción. Corte Suprema, sentencia de reemplazo de 07 de diciembre de 2009, en autos rol N° 8.373-2009, caratulados "Bernardo Tapia Aravena con Pilar Reynaldos Quinteros". Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 42904.

⁶³⁷ La causa inmediata del menoscabo económico es la terminación del matrimonio (por nulidad o divorcio). A. VIDAL OLIVARES. *La noción...*, p. 292.

⁶³⁸ En el ordenamiento español, el divorcio debe dar lugar a un desequilibrio económico, esto es, a un empeoramiento de la situación económica de un ex cónyuge, que de no haber mediado divorcio no se habría producido; en otras palabras, el desequilibrio está referido al momento en que se produjo la ruptura y debe tener su origen precisamente en el divorcio. El divorcio es el productor del desequilibrio y, además, la condición objetiva del nacimiento del derecho a demandar compensación. J. RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios...* p. 1025.

⁶³⁹ J.L. LACRUZ-J. RAMS. *Elementos...* p. 105.

⁶⁴⁰ El menoscabo económico a que alude el ordenamiento que regulan el derecho a la compensación económica debe ser real y objetivo y, por tanto, en el juicio, como cualquier cuestión de hecho, deberá ser probado por la parte que lo alega.

de menoscabo en el cónyuge que la solicita, entendido éste como el efecto patrimonial que se produce en aquella de las partes que no pudo trabajar o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, por dedicarse a la familia. Así, este presupuesto aparece ligado al empobrecimiento de uno de los cónyuges en razón de las circunstancias antes descritas, el que se manifiesta al concluir el vínculo matrimonial y se traduce en la disparidad económica entre aquéllos y en la carencia de medios del cónyuge beneficiario para enfrentar su vida separada⁶⁴¹. El menoscabo económico es un efecto patrimonial, consistente en un empobrecimiento, en una pérdida, de uno de los cónyuges que se produce durante el matrimonio por las circunstancias domésticas descritas en la ley, pero que se manifiesta al tiempo del divorcio (antes permanece oculto y contenido) y, en términos prácticos, se traduce en dos hechos: la carencia de medios para hacer frente al mantenimiento de su vida futura separada⁶⁴² y la disparidad económica de un cónyuge entre su situación al término del matrimonio y su situación antecedente y con relación al otro cónyuge⁶⁴³. El menoscabo económico da cuenta de una cierta situación de hecho —el empobrecimiento, esto es, la carencia de medios suficientes para enfrentar el futuro— que queda de manifiesto por causa de la declaración del divorcio⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ CS, sentencia de 9 de mayo 2011, en posición uniforme.

⁶⁴² Una alusión sintética de las cinco principales posiciones sobre el significado de menoscabo económico se ofrece en A. VIDAL OLIVARES. *La noción...*, pp. 300 y ss.

⁶⁴³ Siguiendo la doctrina española que regula no una compensación económica por menoscabo, sino una compensación por desequilibrio, Vidal sostiene que lo esencial en el menoscabo es la disparidad entre los cónyuges, posición que no compartimos, en efecto: *El menoscabo económico es aquella disparidad entre los cónyuges que surge como consecuencia inmediata del divorcio o declaración de nulidad y que se materializa en una carencia patrimonial que puede ocasionar un empeoramiento económico futuro del cónyuge que lo padece*. A. VIDAL OLIVARES. *El menoscabo económico como elemento central de la compensación económica*. En *Compensación Económica por Divorcio o Nulidad*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Ediciones Universidad Diego Portales, 2009, p. 146.

⁶⁴⁴ J. BARRIENTOS GRANDÓN. *La compensación...* pp. 21-22. De ello, expone el autor, se revelan algunas diferencias radicales entre el menoscabo económico y las categorías de “daño” y “perjuicio” en sede patrimonial: el menoscabo económico tiene por causa próxima a un cierto acto lícito en tanto que se permite, en los supuestos legales, solicitar las correspondientes declaraciones judiciales de nulidad, divorcio o separación, además en el menoscabo está ausente todo juicio de imputabilidad; a diferencia del “daño” y “perjuicio” en sede patrimonial, que tienen como causa próxima a un incumplimiento de obligaciones determinadas o a un cierto hecho ilícito, respecto de los cuales es preciso realizar un juicio de imputabilidad.

El menoscabo económico, esto es, la carencia económica de un cónyuge, liga su pasado, presente y futuro, pues queda de manifiesto en el presente, al declararse el divorcio; su origen está en el pasado en la dedicación a la vida conyugal (hogar e hijos), y sus efectos nocivos, de no ser reparados, se proyectan hacia el futuro, en la vida separada que será afectada por la carencia de medios suficientes⁶⁴⁵.

Fijado que el empeoramiento económico fruto del menoscabo es la situación que queda de manifiesto al tiempo del divorcio y que se intenta restablecer por medio de la compensación, una cuestión central al efecto de la configuración de ésta es la base de comparación que la hace procedente⁶⁴⁶. Al tenor de la norma del art. 61, pareciera ser que la base de comparación del menoscabo económico es sólo temporal y sustantiva. Por un lado, se presta atención a la situación de convivencia marital respecto de la ruptura: supuesto esencial es la desigualdad entre la situación económica de que gozaba el cónyuge acreedor durante la convivencia marital respecto de aquella en que se encontrará en la no convivencia que se sigue como efecto de la ruptura judicialmente declarada⁶⁴⁷ y, por otro, se observa la situación de postergación laboral respecto de la actividad lucrativa que se podía y quería desarrollar. Sin perjuicio de lo anterior, resulta evidente que cuando ambos ex cónyuges se encuentren en idéntica situación económica desmejorada no procederán compensaciones económicas recíprocas, lo que permite concluir que el menoscabo termina atendiendo igualmente, a la comparación subjetiva respecto de la situación económica del otro cónyuge —no como circunstancia principal, pero sí complementaria—, en términos de

⁶⁴⁵ J. BARRIENTOS GRANDÓN. *La compensación...* p. 22.

⁶⁴⁶ En el caso español, la base de comparación resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura (STS 17 de julio de 2009, 21 de noviembre de 2008; 9, 10 y 17 de octubre de 2008, entre otras), siempre que se produzca un empeoramiento en relación con la situación de quien resulta deudor. Así, el desequilibrio y empeoramiento de la situación económica se da, en términos de comparación, tanto en aspectos temporales como en factores subjetivos de cotejo: empeoramiento respecto de la situación anterior en el matrimonio; desequilibrio en relación con la situación económica del otro cónyuge. Se alude a un doble factor: desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro y el cotejo de esa situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de...*, p. 125.

⁶⁴⁷ J. RAMS ALBESA (COORD.), *Comentarios...* p. 1026.

concurrir disparidad entre ambos⁶⁴⁸, porque uno pudo trabajar, aumentar su patrimonio y su capital de salud y jubilación futura, así como su horizonte profesional, y el otro, no pudo en absoluto o lo hizo en forma disminuida lo que repercutirá en su adecuada independencia pos divorcio⁶⁴⁹. Refuerza la idea anterior, el artículo 62 LMC, que al referirse a las circunstancias especialmente dignas de consideración, a efectos de la determinación de la existencia del menoscabo, como de la fijación de la cuantía de la compensación, atiende, entre otras, a: *la situación patrimonial de ambos*.

El menoscabo económico aparece como un efecto económico de la vida matrimonial, que acarrea una carencia de medios del cónyuge beneficiario para enfrentar su vida separada y futura, y se evidencia, entre otros posibles aspectos, en una disparidad económica de los cónyuges, producto de que durante la vigencia del matrimonio uno de ellos se privó de realizar una actividad lucrativa o remunerada o lo hizo en menor medida de lo que quería y podía, por privilegiar el cuidado del hogar y/o los hijos, quedando en un plano de desigualdad respecto del otro que no se vio afectado en este aspecto⁶⁵⁰, desigualdad que solo resulta relevante jurídicamente, por la desprotección eventual, al terminarse el matrimonio y con él los deberes de solidaridad conyugal.

A partir de esta red de condicionantes –ruptura matrimonial que evidencia un menoscabo económico; el que a su vez se manifiesta en un empeoramiento de la situación económica, con las apuntadas bases de comparación– se puede analizar con mayor precisión los rasgos que configuran la institución.

El menoscabo económico que queda en evidencia al tiempo del divorcio, debe reunir necesariamente una serie de exigencias relacionadas causalmente

⁶⁴⁸ Así jurisprudencia reciente: *Que la compensación económica reconoce como fundamentos el desequilibrio económico entre los cónyuges, causado por la terminación del matrimonio y la necesidad o carencia de medios de uno de ellos para asegurar su subsistencia futura y el trabajo realizado por ellos en pro de la familia*. Corte Suprema, 28 de enero de 2011, en autos rol N° 7.636-10.

⁶⁴⁹ A. VIDAL OLIVARES. *La noción...* p. 318.

⁶⁵⁰ Corte Suprema, sentencia de reemplazo de 07 de diciembre de 2009, en autos rol N° 8.373-2009, caratulados “Bernardo Tapia Aravena con Pilar Reynaldos Quinteros”. Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador: 42904. Antes Corte Suprema, sentencia de 7 de julio de 2009.

para hacer operativa la compensación, configurando un riguroso sistema de generación del derecho que contrasta con otros ordenamientos jurídicos⁶⁵¹. La compensación económica se constituye, entonces, en una institución de derecho estricto, que sólo procede cuando concurren los presupuestos legales señalados en el art. 61 de la ley. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que: *del artículo 61 de la ley N° 19.947 se infiere que quien pretende la compensación económica debe acreditar el cumplimiento de los presupuestos que hacen procedente la institución, esto es, que por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería y que, como consecuencia de ello, se le produjo un menoscabo económico, es decir, este daño debe tener como causa necesaria la postergación cierta en el ámbito laboral en beneficio de los hijos y la familia*⁶⁵².

El menoscabo jurídicamente relevante a efectos de la compensación económica por divorcio es específico; no se compensa todo menoscabo económico que puede producirse en el matrimonio, sino sólo el previsto por el

⁶⁵¹ En una fórmula simple, la norma española requiere la concurrencia solo de los dos rasgos objetivos determinantes que hemos visto: la situación económicamente dispar entre los ex cónyuges (*desequilibrio económico en relación con la posición del otro*) que, implique un empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio. El empeoramiento económico debe enlazarse con el desequilibrio para dar lugar a la compensación, de tal modo que si hay empeoramiento de naturaleza patrimonial, pero no desequilibrio entre los ex cónyuges, no habrá derecho a ella.

La idea de compensación precisa de una pérdida efectiva e importante del nivel de vida de un cónyuge ocasionada por la crisis matrimonial siempre y cuando el otro mantenga el nivel de vida anterior. J. RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios...* p. 1025. Concordante con lo anterior, apunta que el precepto debe ser interpretado con el rigor que exige la generación de una pensión que puede ser vitalicia y que suele recaer sobre el cónyuge que ya ha cargado con otras obligaciones económicas. El desequilibrio o menoscabo que implica empeoramiento, es un efecto real de pérdida económica, no pudiendo, como precisa Rams, suponer un radical empeoramiento en la condición económica del cónyuge que se reputará deudor en razón de su mejor posición. La independencia económica de los cónyuges o la existencia de ingresos económicos de ambos, no excluye la posibilidad de compensación, pues, a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Sólo dejará de nacer el derecho a compensación cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual (STS, de 17 de julio de 2009).

⁶⁵² Sentencia de 11 de diciembre de 2008, en autos rol N° 6.218-2008, caratulados Benjamín Lagos Higuera con Sandra Monsalve Bustos. Disponible en www.legalpublishing.cl, número 41399. En la causa se rechazó la compensación económica, al no haber probado la demandante los presupuestos necesarios para el nacimiento del derecho.

legislador. Así, se ha apuntado, que resulta compensable sólo el menoscabo derivado o condicionado por el matrimonio. Las conductas previstas dicen relación con el tiempo posterior a la celebración del matrimonio, en consecuencia, la disolución de una convivencia no da lugar a compensaciones aun cuando en los hechos se den los mismos supuestos del artículo 61 LMC⁶⁵³. La opinión es discutible si se observa la primera circunstancia a considerar conforme al artículo 62 para los efectos de determinar la existencia del menoscabo y su cuantía: *La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges*, pues abre la puerta a la consideración de una vida común no matrimonial aunque, necesariamente, seguida de matrimonio.

4.2 La Imposibilidad de desarrollo de actividad lucrativa o remunerada

La enunciación legal del artículo 61 LMC, requiere que el ex cónyuge que reclama la compensación económica, durante el matrimonio no haya podido desarrollar una actividad remunerada en absoluto o que haya podido hacerlo en menor medida de lo que podía y quería. Esta imposibilidad absoluta o parcial en el desarrollo de la actividad remunerada durante el matrimonio es la que origina a su respecto un menoscabo, una situación final de desigualdad o carencia económica, que es imposible mirarla en abstracto, sino que debe ser observada en relación con el cónyuge que pudo desarrollarse profesionalmente, trabajar y ser remunerado. La desigualdad se hace patente al término del matrimonio, pues vigente aquél, el sistema de comunidad de vida contenía las diferencias al permitir que se compartieran los frutos del trabajo de uno de los cónyuges.

La imposibilidad de desarrollo pleno de actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio jurídicamente relevante para efectos de la compensación económica es también específica:

– Debe ser una consecuencia directa de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, por tanto, no puede tener su causa en otras razones o circunstancias;

⁶⁵³ S. TURNER SAELZER, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil: tres cuestiones dogmáticas”. En *Revista Chilena de Derecho Privado* (2005), vol. 32 N° 3, pp. 413-427.

– Debe decir relación con el desarrollo de actividades que generan ganancia económica para quien las realiza, esto es, un aumento patrimonial efectivo, lo que sucede con las actividades remuneradas o lucrativas. No da lugar a compensación que las circunstancias domésticas referidas en la norma hayan implicado un obstáculo para el desarrollo por parte de uno de los cónyuges de actividades de otra naturaleza, como las de índole recreativas, de desarrollo artístico, espiritual, cultural, etc.;

– La actividad que no se pudo desarrollar debe haber sido de ejercicio directo por parte del cónyuge acreedor, ya sea, referida a un trabajo dependiente y subordinado o independiente y liberal o de ambos a la vez o sucesivamente.

– Para efectos de la compensación económica es indiferente que la actividad que no se pudo desarrollar plenamente haya sido una actividad que necesariamente se realiza fuera del hogar o que se haya tratado de un trabajo que puede desarrollarse desde el hogar. Haber trabajado desde la propia casa no es constitutivo, *per se*, de la imposibilidad normativa que da lugar a la compensación⁶⁵⁴.

– La inactividad puede haber sido absoluta o relativa, esto es, la imposibilidad puede haber consistido en un obstáculo total al desarrollo de una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o, puede haberse tratado de una limitación al desarrollo de la actividad, en términos de no haber impedido que se desarrollara pero si haber obstaculizado su desarrollo

⁶⁵⁴ Jurisprudencia reciente ha precisado al respecto: *En ese contexto, el hecho que la demandante reconventional hubiere desempeñado dicho trabajo “desde su casa” –sea porque haya tenido que cuidar a sus hijos, o porque la naturaleza del negocio en verdad lo permitía– resulta del todo irrelevante, ya que para el caso que nos ocupa, lo que interesa es que la solicitante desarrolló la actividad lucrativa mencionada, en forma directa y permanente, generando ingresos que se fueron incrementando con el tiempo.* En consecuencia, se resuelve que no resulta procedente la compensación económica solicitada, toda vez que quedó acreditado en el juicio que la demandante reconventional desempeñó un trabajo remunerado durante toda la etapa de convivencia matrimonial, *trabajo que continúa desarrollando hasta la fecha, aunque bajo otros términos o modalidades*, por lo que el eventual menoscabo económico sufrido no tiene su causa en el hecho de no haber desempeñado una actividad lucrativa durante el matrimonio en razón del cuidado de los hijos. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 18 de agosto de 2010, en autos rol N° 170-10, caratulados “Álvarez c/ Gormaz”. Disponible en www.microjuris.com, cita MJCH_MJJ24580.

pleno: el cónyuge desarrollo una actividad pero *en menor medida de lo que podía y quería*⁶⁵⁵.

– El cónyuge que reclama la compensación debe haber estado en condiciones objetivas y subjetivas de haber realizado efectivamente la actividad en cuestión: debe tratarse de una actividad que hubiera podido ciertamente realizar por estar cualificado para ello (por ejemplo, profesionalmente) y que, además, hubiera querido, esto es, deseado realizar. Claramente esta última condicionante dificulta la prueba a su respecto al tratarse de un elemento de voluntad interna del sujeto.

– Relacionado con lo anterior, no es exigencia legal una prueba concreta y específica de haber tenido la oportunidad laboral⁶⁵⁶.

– Temporalmente, la imposibilidad de desarrollo de la actividad lucrativa o remunerada no requiere haber sido permanente; puede o no haberse prolongado durante toda la vigencia del matrimonio; tanto puede haber afectado al cónyuge durante algún período específico de la vida matrimonial, como es el caso del período de lactancia y crianza de hijos en su primera infancia, como puede haberlo impedido de inicio a fin del vínculo conyugal. Entendiéndose en todo caso, que no ameritan compensación económica aquellas pérdidas esporádicas y habituales de trabajo remunerado o lucrativo por

⁶⁵⁵ Analizando el sentido de la conjunción “y” que emplea la norma, Domínguez explica que no bastaría que el acreedor probase haber tenido disposición o voluntad de trabajar en mayor medida, sino que se debe probar a la vez, que tenía las condiciones objetivas para esa mayor actividad. R. DOMÍNGUEZ AGUILA. *La compensación...* p. 86.

Se criticado la imposibilidad relativa de desarrollo de trabajo remunerado, pues implicaría un máximo posible para cada caso, tanto en el aspecto del poder como del querer. S. TURNER SAELZER. *Las prestaciones...* p. 99.

⁶⁵⁶ La Jurisprudencia ha determinado: *Que la actora reconvenional debe ser compensada del menoscabo económico sufrido con el matrimonio, aun cuando el dedicarse a la familia haya sido una opción de vida, ya que no es exigencia una prueba concreta y específica de haber tenido la oportunidad laboral.* CA de Concepción, sentencia de 16 de febrero de 2011, en autos rol 519-10, caratulado “Muñoz c/ Bahamondez”, Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ26210. En el mismo sentido, desde un comienzo de la vigencia de la ley: *la opción libre o voluntaria de la mujer a dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar, independientemente de las circunstancias de poder o no desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, no constituye causa legal para negar la compensación en estudio.* CA de la Serena, sentencia de 2 de diciembre de 2005, en causa rol N° 977-05, caratulado “Corral Macías, María c/ Bertolino Rendic, Carlos”. Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ9530.

circunstancias normales de suspensión, como son los períodos de licencias médicas u otros.

– Finalmente, el requisito de impedimento para realizar una actividad lucrativa por parte del cónyuge más débil, debe ponderarse considerando antecedentes objetivos que consten en el juicio y no debe examinarse en relación a la aquiescencia u oposición del marido⁶⁵⁷.

4.3 La Dedicación al trabajo doméstico

Así como el menoscabo económico no puede tener su causa remota en cualquier circunstancia, la imposibilidad de desarrollo laboral en los términos legales explicados, a su vez tampoco puede tener su origen en cualquier motivo; debe ser consecuencia necesaria de haberse dedicado el cónyuge desmejorado al cuidado de los hijos o, de haberse dedicado a las labores propias del hogar común como ha quedado dicho; ésta será su causa específica y concreta. Se estima de justicia resarcir y/o aminorar el real menoscabo sufrido por un cónyuge por la postergación profesional en aras del bienestar de la familia común⁶⁵⁸. El legislador considera estas dos situaciones por cuanto el trabajo en el hogar no genera ingresos *per se*, a diferencia de lo que ocurre con cualquier actividad remunerada o lucrativa que se hubiera podido desarrollar, sin embargo, la norma es exigente, pues sólo si alguno de estos trabajos domésticos impidió el desarrollo de una actividad remunerada en forma plena, el menoscabo económico que, como consecuencia de ello, eventualmente, se produzca es jurídicamente relevante a efectos de la compensación⁶⁵⁹. Con lo anterior, también queremos apuntar

⁶⁵⁷ Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 10 de septiembre de 2010, en autos rol N° 168-2010. Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador: 45845.

⁶⁵⁸ Corte Suprema, sentencia de 9 de mayo de 2011, ya citada.

⁶⁵⁹ Buscando la compatibilidad entre los artículos 61 y 62 de la ley, incluso contra el tenor del texto legal y lo resuelto por la jurisprudencia (Corte Suprema, 11 de diciembre 2008), Corral asume una posición contraria: sostiene que el menoscabo económico compensable, en la mayor parte de los casos, será consecuencia de haberse dedicado el cónyuge beneficiario al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y no haber podido desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería, constituyendo dicho caso sólo un ejemplo prototípico, pudiendo el menoscabo no producirse por esa circunstancia típica sino por cualquiera de las que menciona el artículo 62. H. CORRAL TALCIANI. *La Compensación...* pp. 26-27.

que, aunque haya existido la dedicación a esos trabajos domésticos durante el matrimonio y de ello obre prueba en el proceso, si no ha devenido un menoscabo económico como consecuencia directa de aquellos aunque haya existido la referida imposibilidad, no habrá lugar a la compensación; por ello hablamos de una verdadera red causal de condicionantes⁶⁶⁰.

La dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común a que alude la norma y que denominamos genéricamente trabajo doméstico da cuenta también de algunos caracteres dignos de comentar: primero, se trata de circunstancias que pueden operar conjunta o separadamente, esto es, para tener derecho a la compensación económica, no es imprescindible la existencia de hijos del matrimonio⁶⁶¹ por cuando, igualmente en su ausencia un cónyuge pudo haberse dedicado a las labores propias del hogar común y con ello operar la red de condicionantes habilitantes del derecho a compensación; segundo, la dedicación al trabajo doméstico puede haber sido una opción personal o haber sido impuesta por las circunstancias, siendo aquello indiferente a la compensación⁶⁶²; tercero, no es indispensable que el trabajo doméstico haya sido realizado en forma personal exclusiva por el cónyuge beneficiario de la compensación y sin apoyo del otro cónyuge o de un tercero o que el cónyuge que la reclama no hubiera contado durante

⁶⁶⁰ Se habla de título legal para pedir compensación cuando se cuenta con las condiciones que establece el art. 61 LMC unidas al divorcio o la nulidad, quedando pendiente para la declaración del derecho la comprobación del menoscabo. A. VIDAL OLIVARES. *La noción...* p. 307.

⁶⁶¹ J. ORREGO ACUÑA. *La Compensación económica en la ley de matrimonio civil*. 2004. Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJD33.

⁶⁶² Corte Suprema, sentencia de 13 de diciembre de 2010, en autos rol N° 5.765-10, caratulados "Gómez Guerra, Álex E. c/ Anabalón Mena, Rosa E.". Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ25630. Considerando Séptimo: *Que la interpretación realizada por los jueces del fondo, no se ajusta al verdadero sentido y alcance que tiene en las normas que contemplan la institución en estudio, pues establece exigencias que la ley no contempla, al concluir que en la especie a la actora no le asiste el derecho a reclamar compensación económica debido a que el no haber desarrollado una actividad económica durante el matrimonio, en su caso, obedeció a una decisión personal. En efecto, los jueces del grado al sustentar su decisión en tal fundamento, están requiriendo de una voluntad, intención o acuerdo especial entre las partes que se aparta del texto de la norma, para la cual basta que uno de los cónyuges no hubiere desarrollado actividad remunerada o lucrativa o lo hubiere hecho en menor medida de lo que podía y quería por dedicarse al cuidado de los hijos y/o hogar común; circunstancias todas que en el caso sub-lite al emanar irrefutablemente del mérito de los antecedentes, han sido asentadas como presupuestos fácticos.* En igual sentido R. DOMÍNGUEZ AGUILA. *La compensación...* p. 85.

el matrimonio con los servicios de colaboradores (asesora del hogar, por ejemplo)⁶⁶³; cuarto, la norma supone que la distribución de funciones y roles en la familia matrimonial no ha sido equivalente, sino disociada y a uno de ellos corresponden las labores del hogar y al otro las de mantenimiento económico; el cónyuge acreedor del derecho ha tenido una dedicación preferente a las labores domésticas, de tal modo que si las labores familiares (hijos y hogar) hubieran sido distribuidas de modo equivalente entre ambos y, ambos, en consecuencia, no hubieran podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa en plenitud, no se daría el supuesto legal para que uno reclamase compensación del otro: *Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, "uno de los cónyuges"...*; finalmente, la dedicación al cuidado de los hijos o a las labores del hogar puede haber sido total o parcial, lo que incidirá en el monto de la compensación, pero no en su procedencia, pues la norma no exige dedicación absoluta.

La dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común alude a dos supuestos normativos cuya concreción fáctica si bien no resulta difícil de comprender a simple vista, es una cuestión de hecho que toca al juez valorar⁶⁶⁴. Normativamente el cuidado de los hijos corresponde a ambos progenitores de consuno en vida matrimonial (art. 224 del Cc), sin

⁶⁶³ En causa sobre divorcio por cese de la convivencia, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado sobre este carácter de la dedicación al trabajo doméstico: *... la dedicación a los hijos y al hogar común por parte de la señora Peña, no logra ser desvirtuada por la circunstancia de que la abuela de los hijos ayudara en su crianza –como refieren los testigos del demandado– desde que, siendo un hecho de la causa que el matrimonio vivió de allegado en la casa de los abuelos maternos y tratándose de tres hijos menores, la ayuda prestada por la progenitora de la demandante, es la común de una familia extendida como la de autos. (...) la rutina doméstica descrita –de cooperación y ayuda mutua– corresponde a lo normal al interior de una familia con recursos económicos limitados, en que cada integrante con su aporte y esfuerzo personal, permite alcanzar un logro común, cual es, un mayor desarrollo educacional, cultural y económico para los hijos.* Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de diciembre de 2010, en autos rol N° 949-10, caratulados "Peña c/ Valenzuela Avilés, Cristián J.". Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ25623.

⁶⁶⁴ Turner critica la norma del art. 61 por cuanto la distribución de tareas dentro del matrimonio, remuneradas o no, surgieron del acuerdo privado de los cónyuges, y en ese contexto, estima más legítima la intervención judicial destinada a precaver situaciones de perjudiciales futuras que aquellas dirigidas a la revisión de roles asumidos por los cónyuges durante el matrimonio. S. TURNER SAELZER. *Las prestaciones...* p. 99.

embargo, lo normal es que exista una distribución de función que muchas veces está condicionada por las circunstancias naturales de la propia evolución y desarrollo de los hijos, así como por las exigencias de satisfacción de sus necesidades materiales, existiendo el antecedente histórico de una dedicación materna preferente a los hijos y una paterna orientada predominante a la obtención de recursos materiales de sustento de la familia que, insistimos, hoy en día está evolucionando⁶⁶⁵. La dedicación a las labores propias del hogar se refiere a la administración y organización de éste y no necesariamente a actividades físicas y domésticas dentro del inmueble que constituye el albergue de la familia; comprende todo aquello que implique llevar adecuadamente el hogar conyugal, debiendo tratarse del hogar que conjuntamente habitan marido y mujer y no de otras propiedades de uno, otro o ambos⁶⁶⁶. Durante el matrimonio, los beneficios de la distribución de funciones son evidentes y compartidos en la comunidad de vida de la familia conyugal y, como se apunta, con ello se hacen posible beneficios que favorecen a ambos cónyuges por igual e incrementan el bienestar de ambos: el funcionamiento del hogar común; el desarrollo normal de la descendencia y la producción de medios económicos indispensables para financiar la vida y progresar materialmente⁶⁶⁷. Todos estos beneficios comunes finalizan con el término del matrimonio.

⁶⁶⁵ La Encuesta de Desarrollo Humano, PNUD 2010, revela porcentajes importantes de participación de los hombres en algunas tareas domésticas, sin sobrepasar en todo caso a la mujer, salvo en cuanto se refiere a hacer arreglos en la casa (60%). Parece relevante en todo caso mencionar que en ítems como hacer deporte y/o jugar con los niños, hacer las compras y pagar cuentas, su porcentaje de participación es igual o superior al 30% y se observan porcentajes iguales o superiores al 20% en hacer camas, ordenar u hacer aseo, cocinar e ir a buscar y dejar a los hijos al colegio. Disponible en <http://estudios.sernam.cl/>, visitado el 31 de julio de 2011.

Una mirada más amplia de la situación de las familias se encuentra en M. CERRUTI-G. BINSTOCK. *Familias latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública*. División de Desarrollo Social de la CEPAL, 2009. Además de comentar las transformaciones en la formación, disolución y estructura familiar, las autoras revisan las dinámicas internas de las familias con detención en los tiempos de trabajo y funciones de cuidado. De ambos textos puede concluirse que en nuestras sociedades es indiscutible que el ejercicio de las labores domésticas y de la parentalidad está experimentado algunos cambios en la distribución tradicional de los roles de género en el hogar, sumado al mayor acceso de la mujer al mundo laboral, sin embargo, no es menos cierto que la mayor parte del trabajo doméstico y de las prácticas reales de cuidado de los hijos siguen siendo responsabilidad primaria de las mujeres.

⁶⁶⁶ Deberá probarse la dedicación a las labores propias del cuidado y mantención del hogar y de la vida familiar. R. DOMÍNGUEZ AGUILA. *La compensación...* p. 85.

⁶⁶⁷ P. RODRÍGUEZ GREZ. *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* p. 381.

La distribución del cuidado de los hijos y de las labores propias del hogar común, será acordada por los cónyuges como ellos mejor estimen según la dinámica familiar y el plan de vida que se hayan trazado al formar su comunidad conyugal. El legislador chileno señala ciertos deberes recíprocos entre los cónyuges, la mayor parte de tipo personal y los derechos y deberes derivados de la filiación en vida conjunta de los progenitores, pero no ofrece un modelo de distribución de tareas dentro del matrimonio⁶⁶⁸.

En suma, si bien el menoscabo económico es el núcleo central de la compensación, no basta haber sufrido un menoscabo económico por uno de los cónyuges, sino que éste debe haberse producido, necesariamente, como consecuencia de la imposibilidad de desarrollo de actividad remunerada o lucrativa y esta "inactividad" lucrativa, no puede haber tenido otra causa que la de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común, todo ello, como claramente deja dicho la norma, durante la vigencia del matrimonio y no en fecha posterior⁶⁶⁹. Dicho menoscabo o carencia económica habilitante, en las condiciones pasadas apuntadas, se hace evidente al tiempo presente

⁶⁶⁸ S. TURNER SAELZER. "La valorización del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica". En H. CORRAL-M. RODRÍGUEZ (coord.). *Estudios de Derecho Civil II*. LexisNexis, 2006, p. 215. Señala que la decisión de los cónyuges podría recaer en un modelo de matrimonio con separación de tareas donde uno de los cónyuges realiza el trabajo externo y remunerado y el otro la actividad doméstica; un modelo de matrimonio con doble ingreso, donde cada cónyuge realiza un trabajo remunerado durante el matrimonio, asumiendo los mismos las labores domésticas en forma conjunta, y un modelo matrimonio mixto, donde uno de ellos, normalmente la mujer, realiza el trabajo doméstico pero paralelamente desarrolla un trabajo remunerado parcial aportando igualmente al sostenimiento de la familia.

⁶⁶⁹ La Corte de Apelaciones de La Serena, revocó la sentencia del juez de familia que concedía compensación económica, pues todos los atestados y el contenido de la documental que obraban en el proceso se encontraban referidos a períodos posteriores a la cesación de la vida en común de los cónyuges, y el informe social acompañado a los autos, nada aportaba. En consecuencia, se desestimó la acción de compensación económica intentada por la demandante, por no haberse demostrado la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente. CA de La Serena, sentencia de 21 de enero de 2011, en autos rol N° 199-2010, caratulados "María Teresa Santander Santander con Sergio Arturo Cerda Espinoza". Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador: 47560.

Céspedes, haciendo una revisión de diversas sentencias, concluye igualmente que los hechos posteriores al cese efectivo de la convivencia no deberían tomarse en consideración para los efectos de determinar el menoscabo y fijar la cuantía de la compensación. C. CÉSPEDES MUÑOZ. "El momento de valoración del menoscabo en la compensación económica". En *Revista de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción*. N° 21, 2010, p. 100.

del divorcio y da derecho a la compensación económica que previene una carencia, con los consecuentes efectos del empobrecimiento futuro.

5. ARMONIZACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 61 Y 62 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Diversidad doctrinal existe cuando se intenta armonizar el artículo 61 LMC, con la parte inicial del artículo 62 LMC que expresa: *Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación se considerará, especialmente...* Del tenor de la norma, aparece que las circunstancias que luego se enumeran satisfacen dos funciones: determinar la existencia del menoscabo, por una parte, y determinar la cuantía de la compensación en su caso, por otra. La necesidad de armonización surge en relación con la primera función, dado lo ya preceptuado por el art. 61 LMC⁶⁷⁰. Una interpretación que tiende no sólo a la armonía de los preceptos sino también a favorecer la producción de efectos normativos útiles consiste en entender las circunstancias del artículo 62 LMC en lo referido a la *determinación de la existencia del menoscabo*, como factores que pueden implicar su inexistencia, pese a la concurrencia de la red de condicionantes que causalmente la hacen procedente conforme al artículo 61 de la LMC.

⁶⁷⁰ Turner ofrece una buena síntesis de las tres posiciones asumidas por la doctrina nacional en S. TURNER SAELZER. *Compensación Económica por Divorcio o Nulidad*. Cuadernos de Análisis Jurídico 2009. Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 120 y ss. La primera posición postula que los requisitos de procedencia de la compensación económica son los tres señalados en el art. 61 LMC, que deben concurrir copulativamente, y una vez establecida aquella las condiciones del inc. 1° del art. 62 LMC sirven para establecer su monto, cumpliendo una función auxiliar. La segunda postura estima que ambas disposiciones contienen requisitos o condiciones de procedencia de la compensación económica completamente autónomos; se trataría de dos normas de igual rango, de tal forma que cualquiera de las circunstancias del art. 62 inc. 1° LMC, aislada o combinada, puede ser causa del menoscabo compensable, así es único requisito de la compensación económica es la existencia de menoscabo y éste puede tener su origen en las condiciones del art. 61 LMC o en las circunstancias del art. 62 LMC. Finalmente, se postula que las circunstancias del art. 62 LMC tanto tienen una función complementaria de los presupuestos del art. 61 LMC al colaborar en la configuración del menoscabo económico, como una función subordinada a aquél, al permitir la cuantificación de éste; en relación con lo primero, se reconoce que la única causa de menoscabo económico compensable son los presupuestos que en forma copulativa indica el art. 61 LMC, las circunstancias enumeradas en el art. 62 LMC influyen en dichos presupuestos en la medida que pueden determinar la inexistencia del menoscabo y, por ende, la improcedencia de la compensación.

Así, la presencia de las exigencias causalmente relacionadas que previamente hemos explicitado, son condición necesaria para que nazca el derecho a la compensación económica, pero no suficiente, por cuanto, para que prospere la demanda de compensación económica no basta que el solicitante acredite haberse dedicado al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar común, y que ello haya sido un obstáculo para el desarrollo de una actividad lucrativa, sino que resulta indispensable la prueba del menoscabo económico consecuencial⁶⁷¹, pues éste no se presume sino que requiere de prueba, de tal suerte que si analizada alguna de las circunstancias del artículo 62 LMC —como la situación patrimonial de ambos; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral—, el juez llega al convencimiento de que no resulta tal menoscabo, no habrá lugar a la compensación. En este sentido ha quedado recogido en la doctrina jurisprudencial chilena: *Este menoscabo debe ser probado por quien lo invoca en su favor y para ello el legislador se encargó de señalar algunas circunstancias que permiten determinar que ha existido tal menoscabo*⁶⁷². De ahí entonces, la contribución útil de las referidas circunstancias en la determinación del menoscabo económico, además, sin duda de su mérito en la determinación del monto de la compensación a que haya lugar.

Desde otro ángulo, los criterios contemplados en el artículo 62 del cuerpo legal citado, suponen, entonces, la concurrencia previa de los elementos básicos establecidos en el referido artículo 61 LMC, por lo que si éstos no se dan, no resulta procedente entrar a ponderarlos para determinar la

⁶⁷¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 09 de febrero de 2009 en autos rol N° 307-2008. La Corte considera que en el centro de la figura se halla el concepto de “menoscabo económico”, entendido como el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio, para enfrentar sus vidas separadas en el futuro, de ahí que la compensación constituye la más importante concreción del principio protector del cónyuge más débil. En la causa, pese a que la actora probó haberse dedicado al cuidado de los hijos y del hogar común durante la vigencia del matrimonio no acreditó el menoscabo económico, razón por la cual se revocó la sentencia de divorcio en cuanto acogió la demanda reconventional de compensación económica. Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador 41611.

⁶⁷² Corte Suprema, 27 de abril de 2009 en autos rol N° 904-2009 caratulados “Eugenia Vidal García Huidobro con Carlos Jano Bustamante”. Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador 41893.

existencia o inexistencia del menoscabo económico y, en consecuencia, la cuantía de una compensación económica que no existirá⁶⁷³.

6. DETERMINACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Ha puesto de manifiesto Barrientos, que la LMC apegada al modelo causal del Cc no ha hecho más que señalar que la compensación económica, como todo derecho personal, tiene su causa o fuente en un hecho de la persona que se adviene obligada o en la ley (art. 578 Cc): Un derecho personal o crédito de compensación económica y su obligación correlativa causada en la ley, es decir, en una declaración de la voluntad soberana aparece nítido en el artículo 61 LMC que precisa los supuestos de hecho necesarios para que se genere el derecho estableciendo la causa legal del derecho; por su parte, un derecho personal o crédito de compensación económica y su obligación correlativa derivado del "hecho voluntario" de los cónyuges se concreta en la convención que prevé el art. 63 LMC complementado por el 64 de la misma⁶⁷⁴. Así también la jurisprudencia: *Que fijada la compensación económica por sentencia judicial o acuerdo de las partes, nace también el derecho personal o de crédito para el cónyuge más débil*⁶⁷⁵.

6.1 Determinación convencional

Desde un punto de vista de análisis legal, como era predecible, la voluntad de las partes rige la materia. Tanto la compensación como su monto y forma de pago, pueden ser convenidas por los cónyuges: *La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges...* El legislador no establece parámetros o criterios respecto del contenido material del convenio, así, aunque resulte dudoso, bien puede estimarse que podrían los cónyuges convenir una compensación económica aún cuando no

⁶⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 18 de agosto de 2010, considerando 3°.

⁶⁷⁴ J. BARRIENTOS GRANDÓN. *La compensación...* p. 15. Comentado esta idea, y con una opinión diversa, Vidal indica que el derecho de compensación y su obligación correlativa tienen su origen en la ley; el derecho nace de la sola concurrencia del supuesto legal y la sentencia judicial o la convención simplemente lo declaran y reconocen. A. VIDAL OLIVARES. "Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad". En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, 2009, p. 75.

⁶⁷⁵ Corte Suprema, sentencia de 28 de diciembre de 2010, considerando 8°.

se dieran cabalmente y en forma estrictamente copulativa los presupuestos de un menoscabo económico. En efecto, los cónyuges no están obligados a declarar la razones de la estipulación de tal o cual compensación económica: *la ley no prejuzga sobre las causas remotas del menoscabo económico que queda al descubierto cuando se produce el divorcio (...) queda abierta la posibilidad para considerar cualquier causa que haya podido generar la carencia en uno de los cónyuges*⁶⁷⁶; así en sede de divorcio el artículo 55 inc. 2° LMC se limita a reconocer la existencia del menoscabo económico, sin ligarlo, necesariamente, a alguna o algunas causas remotas determinadas que pudiera haberlo originado. Por otro lado, su monto podría no guardar relación con la valoración razonada y explícita de las circunstancias que enumera el art. 62 LMC, al no existir tampoco exigencia en este sentido y su forma de pago podría diferir de los modos establecidos en el art. 65 LMC, que aparecen orientados solo a regir la decisión judicial. Esta estimación, en todo caso, encuentra al menos una objeción formal, dado que la disposición que permite la convención entre los cónyuges sobre la compensación económica –art. 63 LMC– se ubica a continuación de las normas que configuran legalmente el derecho y fijan parámetros para su cuantía. El problema práctico que todo este asunto podría acarrear dice relación con la no efectiva protección del cónyuge más débil en tanto el acuerdo no le permite resarcir el menoscabo, lo que se salva en la medida que el juez de familia tenga claro su rol y haga uso de sus facultades cautelares en la materia.

El acuerdo podría haberse producido antes de iniciar el juicio, como ocurre con aquel que se contiene en el convenio regulador de los efectos del divorcio o puede alcanzarse acuerdo entre las partes durante el proceso, ya sea porque uno de los cónyuges se allana a lo pedido por el otro en la demanda o en la reconvencción o porque, llamados a conciliación al respecto, convienen en la compensación⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ J. BARRIENTOS GRANDÓN. *La compensación...* p. 25.

⁶⁷⁷ Vidal sostiene que la amplitud de los términos del art. 63 permite sostener que el acuerdo extrajudicial no queda sujeto a exigencia temporal alguna, a diferencia del judicial que presupone haberse iniciado el juicio de nulidad o divorcio. Extremando la interpretación sostiene que el pacto podría tener lugar incluso antes del matrimonio, en una capitulación matrimonial, aun cuando, en este caso, en nuestra opinión, se tratará de otro tipo de indemnización, por ej., por la ruptura, pero no del derecho de compensación que tiene una finalidad y fundamento bastante definidos y que, por tanto, no puede dimensionarse antes de la vida conyugal. Reconoce sí el autor que, cualquiera sea el tiempo del pacto, aquel siempre requerirá la aprobación judicial y

Se establecen tres condiciones expresas para la validez y eficacia de los referidos acuerdos: que ambos cónyuges sean mayores de edad; que el acuerdo conste en escritura pública o acta de avenimiento y que sean sometidos a la aprobación judicial. En nuestra opinión, se presenta, además, siempre una cuarta condición, consistente en que las estipulaciones, ya contenidas en convenio regulador, ya comprendidas en otro tipo de acuerdo, sean *suficientes*. Respecto de la comprensión de la expresión suficiencia a efectos de la compensación, se presentan dos posiciones, por un lado, se estima que *la ley se fija como baremo o medida del remedio, no necesariamente, hacer desaparecer el –menoscabo–, sino que –aminorarlo–, de tal manera que no existe una imprescindible relación de equivalencia entre el menoscabo y el remedio lega*⁶⁷⁸, posición que encuentra acogida en el expreso texto legal *procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura* (art. 55 inc. 2º LMC); sin embargo, también se ha estimado que si bien para el caso de separación judicial la suficiencia dice relación, con aminorar el menoscabo dado que la expresión menoscabo económico no coincide con la del art. 61 LMC, para el caso de divorcio la suficiencia viene dada porque el convenio *compense el menoscabo y establezca relaciones equitativas hacia el futuro*⁶⁷⁹ en otros términos y con el argumento de la diferencia fundamental entre la situación de las prestaciones mutuas en caso de separación y divorcio, se estima que en este último caso, el acuerdo de compensación debe reparar y no sólo aminorar el menoscabo.

Volviendo a las exigencias legales expresas, el legislador excluye la posibilidad de autorregulación cuando uno o ambos cónyuges son menores de edad en un claro intento de protección de aquel que siendo más débil pudiera ver vulnerado su derecho a compensación al concurrir con su voluntad a un acuerdo que no le favorece. Luego, el legislador fija una forma especial para el acuerdo de compensación, cuestión que no había hecho respecto de los demás acuerdos posibles en sede de divorcio, como es el caso del convenio regulador; ahora bien, justamente uno de los eventos en los cuales es dable que sean los cónyuges quienes alcancen acuerdos sobre la compensación, su monto y forma de pago, es justamente, cuando ambos solicitan de común acuerdo

Continuación nota ⁶⁷⁷

ésta debe producirse necesariamente dentro del juicio, por tanto, es actual. A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 70.

⁶⁷⁸ J. BARRIENTOS GRANDON. *La compensación...* p. 25.

⁶⁷⁹ A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 70.

el divorcio por cese efectivo de su convivencia y acompañan el convenio regulador de sus efectos: este convenio deberá contener en su caso, el acuerdo de compensación económica y tendrá, en consecuencia, que someterse a las formas que fija el art. 63 LMC, para este caso, escritura pública que las partes acompañan a su solicitud de divorcio. Finalmente, debe el acuerdo respectivo –conste o no en convenio regulador– ser sometido a la aprobación judicial, entendiendo alguna doctrina que el juez debe aprobar sin más el acuerdo, dada la autonomía de los cónyuges⁶⁸⁰; otros, por el contrario, estiman que el juez debe valorar el acuerdo y controlar su contenido de acuerdo con el criterio de suficiencia y en caso que el juez lo valore como insuficiente está facultado para modificarlo, subsanarlo o completarlo⁶⁸¹.

Coincidimos con esta última posición, principalmente por las razones expuestas en el Capítulo III en relación con la actuación judicial y, principalmente, porque en el conflicto de principios –autonomía privada versus protección del interés del cónyuge más débil– que vinculan a los cónyuges es el legislador quien ha tomado partido y ha impuesto el juez la necesidad de resolver las materias de familia reguladas por la LMC, entre ellas, la aprobación o no de los acuerdos, cuidando proteger siempre el interés superior del cónyuge más débil. No se trata de cualquier interés sino de un interés de rango superior, lo que supone la subordinación de otros relevantes principios. Más aún la misma lógica indica que no puede el juez aprobar un acuerdo sin entrar a revisar su contenido y como aquello no es arbitrario, no puede sino hacerlo conforme al criterio de suficiencia y bajo la orientación del superior principio referido.

6.2 Determinación judicial

A falta de dichos acuerdos corresponde al juez determinar tanto la procedencia de la compensación como su monto (art. 64 LMC), pero aquello no es una actividad que el tribunal puede resolver de oficio, sino que deberá ser solicitada por la parte interesada en alguna de las oportunidades procesales

⁶⁸⁰ P. VELOSO VALENZUELA. *Algunas reflexiones...* pp. 184-185. Fundamenta su opción en tratarse de un derecho esencialmente renunciabile y de que la mejor solución es la libremente acordada *más aún tratándose de un asunto patrimonial*; pero olvida la autora que no es simplemente patrimonial sino un derecho familiar patrimonial y ello imprime consideraciones, principios y aplicación normativa diversa a las de derecho patrimonial general.

⁶⁸¹ A. VIDAL OLIVARES. *La compensación económica. Autonomía...* p. 206. H. CORRAL TALCIANI. *La Compensación...* pp. 35, 37-38.

que veremos. Sin perjuicio de la discrecionalidad del juez en la fijación del importe, el legislador ha proporcionado un catálogo de circunstancias apreciables a estos efectos⁶⁸². Las causas del menoscabo económico del art. 61 LMC son puestas para la evaluación de la procedencia del derecho por parte del juez y, en este caso, establecidas las causales, lo que se busca con la atribución del derecho es compensar el menoscabo, lo que supone una mayor intensidad que solo aminorarlo⁶⁸³. Al juez no le es indiferente la causa del menoscabo económico que se revela para uno de los cónyuges al tiempo del divorcio, pues para el legislador, el único menoscabo relevante a la hora de declarar el derecho es solamente el que proviene para el cónyuge que lo padece, de haberse dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o del hogar común y que, como consecuencia de ello, no hubiera podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hubiera hecho en menor medida de lo que podía y quería (art. 61 de la LMC). Para decidir sobre la compensación el juez debe necesariamente evaluar la red de condicionantes que configuran el derecho y, verificar la existencia del menoscabo complementariamente también, como hemos apuntado, con las consideraciones del art. 62 LMC, dichas condicionantes le servirán a su turno para fijar también el monto de la compensación, debiendo quedar expresado en la sentencia el juicio lógico que lo condujo a fijar tal o cual monto.

Para establecer la existencia del menoscabo y sobre todo la cuantía de la compensación, conforme al artículo 62 de la LMC, se considerará, especialmente⁶⁸⁴:

– *La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges;*

⁶⁸² Conforme al artículo 97.2 Cc español, el juez, en la sentencia determinará el importe de la compensación teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1ª *Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges;* 2ª *La edad y el estado de salud;* 3ª *La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo;* 4ª *La dedicación pasada y futura a la familia;* 5ª *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;* 6ª *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal;* 7ª *La pérdida eventual de un derecho de pensión;* 8ª *El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge;* 9ª *Cualquier otra circunstancia relevante*

⁶⁸³ J. BARRIENTOS GRANDON. *La compensación...* p. 26.

⁶⁸⁴ Ya hemos apuntado que estas circunstancias colaboran también en la determinación de la existencia del menoscabo económico, por tanto, en un orden lógico, primero las apreciará el juez para estos efectos y, luego, si dicho menoscabo existe, pasarán a servir de orientación para la fijación del monto de la compensación.

– *La situación patrimonial de ambos;*

– *La buena o mala fe;*

– *La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario;*

– *Su situación en materia de beneficios previsionales y de salud;*

– *Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y*

– *La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge*⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ De un modo muy semejante, pero sólo restringida a la determinación de la cuantía de la compensación por desequilibrio, conforme al artículo 97.2 Cc español, el juez, a falta de acuerdo entre los cónyuges, en sentencia, determinará el importe de la compensación teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1ª *Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges;* 2ª *La edad y el estado de salud;* 3ª *La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo;* 4ª *La dedicación pasada y futura a la familia;* 5ª *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;* 6ª *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal;* 7ª *La pérdida eventual de un derecho de pensión;* 8ª *El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge;* 9ª *Cualquier otra circunstancia relevante.*

La variedad de parámetros enunciados puede traer al juez algún grado de dificultad en orden a su valoración o apreciación de conjunto. La doctrina no es uniforme en cuanto a la calificación del carácter de la lista: mientras algunos consideran que se trata de circunstancias mutuamente relacionadas e incluso condicionadas entre sí (M. CLEMENTE MEORO, en E. ROCA TRIAS (COORD.). *Derecho...* p. 169.), otros estiman que no hay un criterio lógico de enlace o de coherencia, en cuyo evento sirve al aplicador hacer una interpretación de conjunto, no exclusiva, y en función de la realidad social del momento en que son aplicados (F. FORCADA MIRANDA. *Novedades...* p. 117).

En opinión de Rams, en las circunstancias enumeradas en el 97 Cc, se consideran y confunden dos parámetros: uno, referido a las circunstancias de carácter personal o familiar que hacen que la ruptura de la convivencia desencadene el desequilibrio (*edad y estado de salud; cualificación profesional; duración del matrimonio*, entre otras) y otro, que en realidad nada tiene de circunstancial sino que constituye el fundamento fáctico del precepto, su condición material (*el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge*). La comprobación de la existencia de un desequilibrio requiere de un buen conocimiento de la economía familiar y de la particular de cada uno J. RAMS ALBESA (COORD.), *Comentarios...* pp. 1028-1029.

Como se aprecia, no existe similitud en todas las circunstancias (desafiando el texto expreso, autores como Veloso sostienen dicha similitud P. VELOSO VALENZUELA. *Algunas reflexiones...* p. 180). Para comprobar aquello bastan dos antecedentes: por un lado, el trabajo doméstico,

Se trata de una lista de circunstancias no cerrada y, por tanto, no restringe la valoración de las situaciones de hecho que puede apreciar el juez; por otro lado, claramente la enunciación de circunstancias restringe la posibilidad de arbitrariedad judicial en la labor cuantificadora, que es estrictamente discrecional. Aparecen criterios que dicen relación con el matrimonio, con el cónyuge deudor y, con la situación personal del beneficiario⁶⁸⁶, es decir, hay criterios personales que no están referidos a ambos; algunas circunstancias se refieren al pasado de los cónyuges, otras miran el presente y otras se refieren a su proyección de futuro⁶⁸⁷; muchas de ellas denotan el recurso a criterios asistenciales. Es digno de mencionar cómo dicho listado evidencia un permanente debate entre circunstancias que constituyen una medida diferencial entre las partes (*situación patrimonial de ambos, la buena o mala fe*) y otras que atienden a la observación situacional parcializada (*la edad, estado de salud; situación en materia de beneficios provisionales y de salud; cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral solo respecto del cónyuge beneficiario*) y, por tanto, no comparativa.

No existe entre la variedad de circunstancias un orden de prelación, pudiendo el juez al considerarlas ponderarlas libremente⁶⁸⁸ y aplicar las que estime procedente según las características del caso⁶⁸⁹, pero no puede dejar de considerarlas, pues se trata de un imperativo legal "*Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente*". Con cada circunstancia se intenta determinar la efectividad de la existencia del menoscabo y su magnitud, a fin de cuan-

Continuación nota ⁶⁸⁵

esto es, la dedicación pasada a la familia, en nuestro medio resulta determinante para la configuración misma del derecho, como tuvimos oportunidad de analizar y no constituye, solo una circunstancia más a apreciar para la fijación del importe de la compensación; por otro lado, se nota la ausencia. En el art. 97.2 Cc es. de la *buena o mala fe*, como circunstancia apreciable por el juez, lo que guarda estricta relación con el sistema acausal de divorcio español.

⁶⁸⁶ Corte Suprema, sentencia de 27 de abril de 2009.

⁶⁸⁷ P. VELOSO VALENZUELA. *Algunas reflexiones...* p. 181. Otros rasgos caracterizantes en A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* pp. 56 y ss.

⁶⁸⁸ S. TURNER SAELZER. "Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función". En J. VARAS-S. TURNER (Coord.). *Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil*. 2ª edición, LegalPublishing, 2009, p. 487.

⁶⁸⁹ A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 59.

tificarlo, por tanto, concurriendo aquel respecto de uno de los cónyuges, no es extraño que existan circunstancias referidas solo a él.

7. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

7.1 *La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges*

Se trata de una circunstancia objetiva, donde lo central, entendemos, es el tiempo de convivencia efectiva entre los cónyuges, pudiendo presentarse, a nuestro entender, dos eventos compensables, que al matrimonio le haya precedido vida en común no conyugal y en dicho evento ambos períodos serán relevantes⁶⁹⁰, o que, vigente el matrimonio, no haya existido durante algún período de tiempo vida en común, como ocurre durante la separación de hecho o judicial que precede al divorcio, en este caso, ya no será relevante la duración del matrimonio que ciertamente puede ser extensa, pues aquel no ha terminado, sino que el tiempo en que durante el matrimonio ha existido efectivamente vida matrimonial⁶⁹¹. La duración del matrimonio no puede observarse desligada de la vida en común; justamente durante dicha vida en común es donde puede haberse producido la dedicación al cuidado de los hijos y el hogar que impidió el desarrollo laboral o profesional que terminó provocando el menoscabo económico. En cuanto a sus características, se trata de una circunstancia no patrimonial que, por tanto, aisladamente no contribuye en la determinación del monto de la cuantía de la compensación económica, aun cuando se sugiere como criterio que mientras más largo

⁶⁹⁰ En contra Corral. H. CORRAL TALCIANI. "La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial". En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34 N° 1, 2007, p. 31.

⁶⁹¹ Se ha entendido por alguna doctrina que la norma no solo autoriza al juez para calificar la vida común anterior al matrimonio, período en el cual, aun sin matrimonio ha habido convivencia, unión de cuerpos y desempeño de roles, sino también, el período en que los cónyuges, aun separados, siguen ligados por el vínculo matrimonial. P. RODRÍGUEZ GREZ, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* pp. 398-399. Lo cierto es que se hace necesario precisar la circunstancia en su dato esencial para no incurrir en errores: lo determinante es la convivencia efectiva y en el período de separación de precede al matrimonio no hay tal convivencia, no hay postergación en beneficios de labores domésticas comunes. En este sentido lo ha entendido la jurisprudencia reciente, negando lugar a la compensación cuando las pruebas rendidas apuntan a la situación del período de separación, así CA de La Serena, sentencia de 21 de enero de 2011, en autos rol N° 199-2010 ya citada.

el tiempo de convivencia efectiva mayor será el menoscabo sufrido por el beneficiario y, por consiguiente el monto de la compensación⁶⁹², cuestión bastante dudosa, si se piensa que el tiempo de postergación laboral por dedicación al hogar o a los hijos no siempre guarda relación con la duración de la convivencia, evidenciándose en la actualidad una tendencia en crecimiento en orden a postergar la llegada de los hijos y la dedicación al hogar común en aras del mayor desarrollo profesional individual posible por parte de ambos cónyuges⁶⁹³. Bien podemos tener un matrimonio con largos años de convivencia efectiva pero sin dedicación al trabajo doméstico o a la inversa, uno más breve en duración, pero que implicó para el cónyuge más débil una dedicación total a dicho trabajo con la imposibilidad de desarrollo laboral; por tanto, lo fundamental será evaluar estas circunstancias conjuntamente con el resto de factores que conforman la red de condicionantes del menoscabo⁶⁹⁴.

7.2 Situación patrimonial de ambos

Se trata de una condición objetiva relativa al estado patrimonial actual de ambos cónyuges que es analizada en términos comparativos, pues tanto se observa el patrimonio del eventual acreedor como del eventual deudor de la compensación⁶⁹⁵; para ello es particularmente relevante —aunque no el único

⁶⁹² S. TURNER SAEZ. *Las circunstancias...*, p. 494.

⁶⁹³ En el Informe Anual de Estadísticas Vitales 2008 del Instituto Nacional de Estadísticas, publicado el 17 de diciembre de 2010, se especifica que el mayor número de nacimiento por grupo de edad de la madre se encuentra entre los 25 y los 29 años, sin embargo, el mayor número de nacimientos de las mujeres casadas se registra en el grupo de 30 a 34 años de edad (27729 nacimientos) a diferencia de las solteras donde el mayor número se registra en el grupo de 20 a 24 años (46.680). Disponible en www.ine.cl.

⁶⁹⁴ En una fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago se aprecia la consideración de la duración del matrimonio, pero de forma conjunta con los presupuestos del art. 61 LMC: *no es procedente otorgarla respecto de un matrimonio en que los cónyuges vivieron juntos un año, tres meses y catorce días, lapso en que según refiere la propia demandante en su declaración de parte, estudió y trabajó, agregando que laboró haciendo estudios de título en una oficina de abogados. No es cierto, entonces, que la demandante no haya podido desarrollar una actividad remunerada por dedicarse al cuidado del hogar común o de los hijos. Tampoco hay prueba alguna en autos que demuestre el menoscabo económico que la demandante ha podido sufrir con el divorcio.* Corte de Apelaciones en sentencia de 4 de noviembre de 2010, ya citada.

⁶⁹⁵ No se puede olvidar que las condiciones patrimoniales pueden cambiar drásticamente en corto tiempo producto de eventos como la muerte de algún ascendiente del cual se es here-

paramento a estimar— el resultado del régimen económico del matrimonio, pues en los regímenes que consideran algún tipo de participación el resultado de su liquidación o determinación de créditos de participación integra la situación patrimonial de ambos cónyuges⁶⁹⁶. La determinación de la compensación económica exige, al menos, la consideración de los resultados probables o provisorios a título ilustrativo de la liquidación de estos regímenes⁶⁹⁷ a fin de estimar las fuerzas patrimoniales de cada uno, salvo cuando en el convenio regulador las partes realizan la liquidación, caso en el cual, se tendrá certeza de este aspecto o cuando, de ser factible, ambos solicitan de común acuerdo al juez que realice la liquidación, con las prevenciones que hemos visto en el capítulo anterior, caso en el cual el juez debiera atender primero a este asunto y luego a valorar la cuantía de la compensación⁶⁹⁸.

Continuación nota ⁶⁹⁵

dero, un mal negocio que implique una deuda cuantiosa, el resultado favorable de algún buen negocio, etc., por tanto, el juez, si bien tendrá presente la situación patrimonial actual, deberá indagar preferentemente la situación quedada al tiempo de la separación de los cónyuges que pudo haber antecedido con bastante distanciamiento al tiempo del proceso de divorcio.

⁶⁹⁶ Algunos autores opinan que no debe pagarse compensación económica a la mujer que tuvo patrimonio reservado y renunció a los gananciales, pues esa decisión revelaría que la administración de su patrimonio reservado fue más exitosa que la que tuvo el marido con los bienes de la sociedad conyugal; por lo demás, el marido deberá asumir el pago de las deudas sociales, que pueden ser de un monto elevado, pudiendo constituir al marido en cónyuge más débil. R. CELIS RODRÍGUEZ. *Algunos temas...*, p. 133. De acuerdo a la configuración legal del derecho, esta posición no puede prosperar sin más, pues la compensación procede por una red de condicionantes específicas y, por otro lado, porque no es un mecanismo de igualación patrimonial entre los cónyuges.

⁶⁹⁷ A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* pp. 60-61. P. VELOSO VALENZUELA. *Algunas reflexiones...* p. 184.

⁶⁹⁸ En sentencia de 8 de abril de 2011, la Corte de Apelaciones de Talca, rebaja el monto de la compensación económica fijada por el juez de familia, entre otras razones, en atención a los gananciales que corresponden a la requirente de la liquidación de la sociedad conyugal y que debía estimarse antes de fijar el monto de la compensación, pues aquellos tienen una función correctiva que reconoce el trabajo realizado durante el matrimonio. Por lo ilustrativo citamos el considerando octavo del fallo: *Que sin extremar las cosas, este tribunal de alzada considera que en la especie se dan las condiciones señaladas en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil para la procedencia de la compensación económica; sin embargo, discrepa con el juez de primera instancia en la ponderación de las circunstancias prescritas en el artículo 62 de la misma Ley para fijar su monto. En tal sentido se estima que es necesario, en primer lugar, atender al régimen patrimonial de los cónyuges, en este caso sociedad conyugal, y si existen en la especie bienes que liquidar y, por tanto, gananciales, lo que en la especie ocurre. Adicionalmente, debe tenerse presente que el matrimonio tuvo sólo una hija y una duración de alrededor de catorce años de vigencia del matrimonio, además la mujer*

La compensación sería justa cuando los cónyuges son separados de bienes o cuando la distribución de gananciales no refleja de modo conveniente la aportación del cónyuge eventualmente más débil, por eso se propone efectuar, primero, la liquidación del régimen económico patrimonial o, al menos, considerar su resultado probable y, de acuerdo a ello, hacer procedente la compensación económica y fijar su monto o denegarla, cuando de tal estimación resulta no haber menoscabo⁶⁹⁹, aun cuando, no se debe perder de vista que el menoscabo económico de la compensación es específico. Si del análisis de la situación patrimonial de ambos resulta una considerable desproporción entre el patrimonio de uno y otro cónyuge al tiempo del divorcio, dado que se presume que la dedicación de uno a las labores domésticas y su postergación profesional, contribuyeron de cierto modo al incremento del patrimonio del otro, la ley obliga a compensar la desigualdad, no en busca de una equivalencia total o de garantizar la mantención del *status* económico de la vida conyugal, pero sí de un retorno a la proporcionalidad que permita iniciar una vida autónoma⁷⁰⁰; un des-nivel en la situación patrimonial de los cónyuges puede ser indiciario de la existencia y cuantía del menoscabo⁷⁰¹. Por cierto, que lo anterior debe ser asumido y analizado con el debido cuidado y dentro de un contexto más amplio de valoración, por cuanto, una condición económica menoscabada no necesariamente es consecuencia de la imposibilidad señalada en el art. 61 LMC derivada de la dedicación ahí indicada, aun cuando estos presupuestos estén presentes. Desde otro ángulo, la sola independencia económica de los cónyuges o la existencia de ingresos económicos de ambos, no excluye la posibilidad de compensación, pues, a pesar de ello, puede haber operado el menoscabo económico que la hace procedente.

Continuación nota ⁶⁹⁸

ha estudiado dos profesiones u oficios y tiene en la actualidad menos de cuarenta años, y su única hija estudia en la Universidad Andrés Bello, sede Valparaíso, cuyos gastos financia el padre, por lo que hoy no requiere dedicarse al cuidado personal de su hija, y se encuentra en condiciones, quizá no fáciles, pero reales, de reinserarse en el mercado laboral. Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 8 de abril de 2011, en autos rol 260-10, caratulados "Valdés Valenzuela, Luis Iván c/ González Vásquez, Paz Andrea". Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ27041.

⁶⁹⁹ A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 62.

⁷⁰⁰ Se ha dicho que esta circunstancia conduce a dar a la compensación un cierto carácter asistencial. P. RODRÍGUEZ GREZ, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* p. 399. S. TURNER SAELZER. *Las circunstancias...* p. 494.

⁷⁰¹ H. CORRAL TALCIANI. *La compensación...* p. 32.

A su vez, la carencia de bienes suficientes del deudor no es fundamento para denegar la compensación⁷⁰².

7.3 La buena o mala fe

Estamos en presencia de una circunstancia subjetiva referida a ambos cónyuges y que, entendiendo el contexto dentro del cual se circunscribe (determinación del menoscabo y fijación del monto de la compensación), está referida también, al tiempo de la convivencia efectiva. Otorga, por su propia naturaleza, un amplio margen de discrecionalidad al juez. En tanto criterio corrector, la mala fe actuaría como un elemento sancionador, ya sea, excluyendo la procedencia de la compensación, ya sea limitando su monto⁷⁰³ y la compensación en el caso de buena fe, al menos en un aumento de su monto, como una suerte de premio al cónyuge respectivo: *le ley puso en manos del juez un instrumento para mejorar la situación del cónyuge perjudicado, cuando ha sido víctima de la mala fe del otro cónyuge*⁷⁰⁴, aun cuando ello no haya tenido efecto directo en el menoscabo económico o en la situación patrimonial de ambos⁷⁰⁵. Volveremos con más detalle sobre algunos aspectos de esta circunstancia cuando analicemos la influencia de la culpabilidad en la compensación económica.

7.4 La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario

Dejando de lado la mirada comparativa, se trata, en este caso, de dos circunstancias objetivas no patrimoniales que atienden sólo a la observación de la situación de uno de los cónyuges, el beneficiario de la compensación, esto es, aquel que la ley estima cónyuge más débil. Justamente estas circunstancias pueden ayudar al juez a valorar el real estado de debilidad

⁷⁰² H. CORRAL TALCIANI. *La compensación...* p. 32.

⁷⁰³ S. TURNER SAELZER. *Las circunstancias...* p. 499. En cambio, se le ha restado valor a la mala fe del cónyuge deudor de la compensación, por estimarse inconcebible una función punitiva a su respecto. A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 59.

⁷⁰⁴ P. RODRÍGUEZ GREZ. *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* p. 400.

⁷⁰⁵ Algunos autores niegan la procedencia de esta circunstancia para el evento de divorcio, restringiendo su aplicación solo al caso de nulidad de matrimonio. H. CORRAL TALCIANI. *La compensación...* p. 33.

del cónyuge, producto del menoscabo económico de cara al futuro⁷⁰⁶. Se trata de circunstancias directamente relacionadas por cuanto lo normal será que a mayor edad se presente mayor exposición o deterioro del estado de salud y, por otro lado, a mayor edad, serán menores las oportunidades laborales del beneficiario, ambos hechos contribuyen directamente en el empobrecimiento futuro y, además, se trata de circunstancias que no son superable en el tiempo. Turner propone que, a mayor edad y peor estado de salud del beneficiario, el juez debería establecer un menoscabo mayor a compensar, debiendo relacionarse con las anteriores circunstancias objetivas para evitar resultados injustos⁷⁰⁷, en nuestra opinión, estas circunstancias debieran tener mayor influencia en la adopción de una modalidad de compensación y sobre todo en la forma de pago que se fije, de tal modo de hacer efectiva la protección del cónyuge más débil⁷⁰⁸ y no establecer un

⁷⁰⁶ Alguna doctrina critica que la referencia sea sólo al cónyuge beneficiario, *pues el asunto de determinar y fijar el monto de la pensión implica siempre un análisis de ambos sujetos enfrentados a la cuestión*. I. VERDUGO BRAVO. "Consideraciones acerca de los factores para determinar el monto o cuantía de la compensación económica con motivo de la nulidad o divorcio matrimonial". En H. CORRAL-M. RODRÍGUEZ (coord.), *Estudios de Derecho Civil II*. LexisNexis, 2006, p. 204. Nos parece que la crítica, que no compartimos, tiene como base un fundamento ajeno al derecho de compensación económica, al parecer entender en él una cierta base alimenticia y asistencial, lo que se corrobora con la expresión "pensión" que emplea el autor.

⁷⁰⁷ S. TURNER SAELZER. *Las circunstancias...* p. 501.

⁷⁰⁸ Desde este punto de vista, nos parece observable lo resuelto en sentencia de la Corte Suprema de 9 mayo 2011. En los hechos se trataba de un matrimonio de corta duración, 7 años, (desde 1967 a 1974), con 3 hijos y más de 35 años de separación antes del divorcio, la mujer había trabajado como docente antes y después del matrimonio, y durante el matrimonio rebajó jornada para dedicarse al cuidado de los hijos, no pudo actualizar sus conocimientos, perfeccionarse en su carrera docente, lo que significó que sus ingresos fueran escasos encontrándose jubilada; el marido, por su parte, no estaba titulado al tiempo del matrimonio y obtuvo su título de arquitecto con posterioridad. Los diversos antecedentes hicieron acoger la compensación económica, ascendiente a 1800 UF, pagaderos en 155 cuotas mensuales. Al observar el monto y la forma de pago uno puede preguntarse cuál o cuáles fueron las circunstancias determinantes en la decisión judicial, pues habiendo transcurrido tanto tiempo entre la separación y el divorcio, se difumina la situación patrimonial de ambos que puede haber sufrido diversas transformaciones que nada tienen que ver con el matrimonio que alguna vez desarrollaron y la postergación laboral de dicho período, más cuando la duración de la convivencia fue breve y no aparecen problemas de salud de la beneficiaria, aunque claramente su edad no le permite una fácil incorporación al mundo laboral; bajo esos antecedentes otro asunto reparable es la forma de pago que se establece, 155 cuotas mensuales, esto es, prácticamente trece años de pago de compensación que, pasa a transformarse en una verdadera pensión, respecto de la cual es discutible la superación de carencia alguna y, por otro lado, prolonga innecesaria e incómodamente la vinculación entre ex cónyuges.

número de cuotas que, en definitiva, extienda en el tiempo la satisfacción del derecho con la consecuente eventualidad de su pago efectivo.

7.5 Su situación en materia de beneficios previsionales y de salud

Se trata nuevamente de una consideración objetiva, patrimonial, relativa solo al cónyuge beneficiario de la compensación. Ambas circunstancias de cara al pasado dan cuenta de uno de los perjuicios de la imposibilidad de desarrollo de actividad lucrativa o remunerada y, mirando hacia adelante, claramente colocan al cónyuge frente a sus necesidades y medios reales de enfrentamiento de su futuro. El legislador fija un parámetro para probar la situación de debilidad para enfrentar la vida futura separada de este cónyuge; se trata de circunstancias que, al igual que las anteriores, permiten proyectar la situación del cónyuge para evaluar el efecto del menoscabo. Han sido ampliamente utilizadas por los tribunales y dan cuenta de la función de la compensación en tanto busca corregir un menoscabo económico, manifestado en una desigualdad, en una carencia de medios, a fin de prevenir un perjuicio futuro o favorecer una subsistencia básica independiente, al menos inicialmente⁷⁰⁹.

⁷⁰⁹ Sobre esta materia, la Ley N° 20.255 de 2008, que Establece Reforma Previsional, ha dedicado el párrafo II titulado *Compensación económica en materia previsional en caso de nulidad y divorcio*, dentro del Título III "Normas sobre equidad de género y afiliados jóvenes", al criterio de beneficios previsionales y eventual compensación. En efecto, conforme al art. 80: *Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto.*

Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio.

Por su parte, el art. 81 de la citada ley establece una obligación especial a la Superintendencia de Pensiones de colaboración con los tribunales de familia a fin de facilitar la valoración y prueba de la referida circunstancia del art. 62 LMC. En efecto, señala el artículo 81: *La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre*

7.6 Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral

Se observa el futuro productivo del titular del derecho⁷¹⁰ desde un punto de vista objetivo, a fin de determinar también el efecto del menoscabo y cómo la imposibilidad pasada de desarrollo laboral pleno puede influir en la situación futura, en el costo de oportunidad laboral. Estos factores tienen una relación directa con la edad y estado de salud del beneficiario, pues a mayor edad y peor estado de salud, menores posibilidades existirán de acceso al mercado laboral. Se indica que la valoración de esta circunstancia consta de dos fases: una destinada a verificar las posibilidades de insertarse en un mercado laboral específico con un determinado nivel de preparación y otra consistente en precisar la cuantía de la remuneración que obtendría, en conjunto permiten concluir si el cónyuge puede o no satisfacer sus necesidades en el futuro⁷¹¹.

7.7 La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge

Nuevamente el legislador vuelve su mirada al pasado, aunque indeterminado; estimamos que, lógicamente, debe tratarse del período de la convivencia efectiva de los cónyuges. Se entiende que se trata de la colaboración o asistencia gratuita a las actividades lucrativas (por ejemplo, comerciales o empresariales) del otro cónyuge y esto es distinto del deber personal de socorro y auxilio mutuo, propio del matrimonio y que configura uno de sus fines y de las labores domésticas que configuran el derecho conforme al art. 61 LMC. Se ha dicho esta circunstancia revela que se busca reparar un enriquecimiento injusto derivado del trabajo colaborativo del cónyuge

Continuación nota ⁷⁰⁹

a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos adicionales.

La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requirieran y demás aspectos administrativos que procedan.

⁷¹⁰ P. RODRÍGUEZ GREZ, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* p. 400.

⁷¹¹ S. TURNER SAEZLER, *Las circunstancias...* p. 503. La autora advierte sobre la necesidad de alejar la compensación de una suerte de garantía o aseguramiento de un cierto estatus económico.

titular del derecho⁷¹², respecto de lo cual, habría que precisar la necesidad de delimitar cuanto de dicha colaboración cedió en beneficio del otro cónyuge y cuanto en beneficio del beneficiario de la compensación o de la familia común.

8. EL IMPORTE DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La determinación del *quantum* de la compensación económica constituye una facultad privativa de los jueces de la causa los que deben realizar una fijación prudencial del monto de la compensación económica, conforme a las reglas de la sana crítica. Pero no se trata de una determinación arbitraria, pues en dicho proceso se deben observar las normas sustantivas que regulan dicho proceso⁷¹³; el monto de la compensación económica

⁷¹² P. RODRÍGUEZ GREZ, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* p. 401.

⁷¹³ Corte Suprema, sentencia de 23 de junio de 2011, en autos rol N° 1.812-11, caratulados "López, San Miguel, María M. c/ Montes Molina, Juan E.". Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ28195. El recurrente pretendía la rebaja del monto fijado a título de compensación. Encontramos en dicho fallo dos votos disidentes que estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo, y que hacen dos precisiones de interés, por un lado, que en la labor de valoración judicial no es abstracta respecto de los criterios que establecen los art. 61 y 62 LMC, por cuanto, debe estarse, en primer lugar, al mérito del proceso: *establecida en autos la existencia del menoscabo económico que ha experimentado la cónyuge demandante, en los términos que la ley lo concibe, la determinación del monto de la compensación para quien reclama el beneficio, —no obstante la intervención de algún grado de evaluación prudencial de los jueces del grado—, no puede significar una regulación entregada a su entero arbitrio, sino que debe sujetarse, en primer lugar, al mérito de los antecedentes que arroja el proceso los que deben ser ponderados conforme a las reglas de la sana crítica y, a continuación, armonizar éstos con los parámetros que de modo especial consignó el legislador en el artículo 62 de la ley N° 19.947 para los efectos de establecer la cuantía del beneficio.* Segundo, que en el cálculo de la cuantía de la compensación, al monto que arroje la determinación prudencial de lo que se dejó de percibir y/o lo que se hubiera podido obtener, debe descontarse lo que el beneficiario debió destinar a su propia mantención y la de los hijos comunes: *Que en el caso sub-lite los fundamentos dados por los jueces del grado y en los cuales basan la decisión respecto de la cuantía de la compensación económica que establecen, se consignan en el motivo décimo quinto del fallo atacado. De la lectura de tales razonamientos y las conclusiones a las que se arriba es posible concluir una contrariedad notoria entre los elementos que se dice utilizar para tales efectos y los que verdaderamente son considerados, precisamente en relación al camino escogido —el peritaje rendido en autos—. En efecto, la determinación aparece sustentada en las conclusiones que dicho medio aporta, pero finalmente la resolución cuantitativa no obedece a dichos parámetros, pues no efectúa el cálculo que conforme a ellas correspondía, precisamente porque no considera el descuento del porcentaje debido en razón de lo que la actora debió*

que se le reconoce a un cónyuge debe estar acorde con el menoscabo que el mismo experimentó, para cuya determinación resulta útil la evaluación de los elementos o parámetros que establece el art. 62 LMC, entre otros. La jurisprudencia ha dicho al respecto, en términos muy generales, que para dichos efectos, se debe tener en especial consideración la situación patrimonial, económica, de salud y previsional y la posición desfavorable en la que se encuentra el beneficiario a diferencia de cónyuge deudor, para enfrentar su próxima vida futura⁷¹⁴.

Nos enfrentamos a un problema práctico que exige un esfuerzo adicional a los tribunales en cuanto a la justificación de la cuantía de la compensación ya determinada, que no se satisface con la cita de los criterios del art. 62 LMC que han sido probados y, por tanto, considerados en la sentencia. La pregunta clave inicial debiera ser hacia dónde se observa para cuantificar el menoscabo y calcular el monto de la compensación. La respuesta no es tan evidente, pues si bien los presupuestos de la compensación dan cuenta de la situación pasada durante el matrimonio (art. 61 LMC) en términos de configurar un menoscabo jurídicamente relevante específico, la mayoría de los criterios o circunstancias del art. 62 LMC se refieren a la situación presente y especialmente de vida futura del beneficiario.

Con Pizarro nos inclinamos a sostener que el esfuerzo para cuantificar la compensación económica debe centrarse en observar la imposibilidad laboral y dedicación (que él denomina "sacrificio") del cónyuge requirente durante la vida matrimonial⁷¹⁵. En efecto, si bien hay posiciones, especialmente extranjeras, que sostienen que para la cuantificación de la compensación se debe delinear cómo será la vida futura del beneficiario, construyendo el probable futuro del demandante, ello obedece a una finalidad diversa de la institución cual es reequilibrar la situación económica de los cónyuges⁷¹⁶;

Continuación nota ⁷¹³

destinar a su propia mantención y a la de los hijos comunes, asentada en un 10%, por lo que el quantum debió corresponder a la suma de \$60.882.628 y no a la de \$90.000.000, que no encuentra correspondencia ni justificación con los datos que entrega el proceso.

⁷¹⁴ Corte Suprema, sentencia de 9 de mayo de 2011, ya citada.

⁷¹⁵ C. PIZARRO WILSON. "La cuantía de la compensación económica". En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile. Vol. XXII, 2009, p. 41.

⁷¹⁶ Así en el medio español se compensa un desequilibrio patrimonial objetivo entre los cónyuges al tiempo del divorcio, que nada tiene que ver con la distribución de funciones den-

nuestro derecho a compensación económica, no busca el equilibrio patrimonial de los cónyuges una vez producida la ruptura, y tampoco pretende mantener permanentemente el estándar de vida constante el matrimonio, su finalidad es, como ha quedado dicho, corregir la carencia, resarcir un menoscabo económico específico, compensar una situación económica desmedrada que tiene causas concretas y determinadas.

A partir de ahí, la *mirada debe, entonces, focalizarse en el pasado, en la magnitud del menoscabo económico padecido por el cónyuge requirente. La cuantía está determinada por la mensura del sacrificio que por el divorcio carece de causa que lo justifique*⁷¹⁷. En ese contexto, cada circunstancia del art. 62 LMC, aun las que proponen la observación del futuro, deben colocarse en perspectiva hacia el pasado, a fin de establecer si concurre un mayor o menos menoscabo, por ello decíamos antes que, si bien *la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud y su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral* dan cuenta de un presente de cara al enfrentamiento de un futuro –productivo o de subsistencia– del titular del derecho, ello es con el fin de determinar el efecto, la magnitud del menoscabo y cómo la imposibilidad pasada de desarrollo laboral pleno puede influir en la situación futura, en el costo de oportunidad laboral, en la subsistencia, en el empobrecimiento; con ello se contribuye a dimensionar no otra cosa que el menoscabo producido⁷¹⁸. En esta parte, el asunto sería de la siguiente forma: será mayor el menoscabo –y, por consiguiente, el monto de la compensación–, cuanto mayores sean sus efectos desfavorables futuros, y esos efectos se pueden considerar delineando la situación de futuro probable en base a las circunstancias del art. 62, entre otras posibles. Dichas circunstancias de futuro, por sí solas no pueden deter-

Continuación nota ⁷¹⁶

tro del matrimonio, ni con la postergación laboral de alguno de ellos. Sólo dejará de nacer el derecho a compensación cuando se produzca una situación económica equilibrada, por lo que se justifica incluso el pago de pensiones vitalicias a favor del beneficiario. Todo este panorama dista del derecho de compensación económica de nuestro ordenamiento.

⁷¹⁷ C. PIZARRO WILSON. *La cuantía...* p. 42.

⁷¹⁸ Estima también Corral que la cuantía, en principio, debiera fijarse en función del perjuicio o menoscabo económico, pero como es difícil que, efectivamente, todos los perjuicios económicos puedan ser resarcidos, principalmente por la dificultad de su determinación cuantitativa precisa, la compensación termina siendo un paliativo que intenta en la medida de lo posible cubrir el menoscabo más manifiesto. No hay propiamente una reparación del daño, como sucede en la responsabilidad civil. H. CORRAL TALCIANI. *La compensación...* pp. 29-30.

minar el *quantum* de la compensación, sino es vinculadas al efecto económico negativo de la postergación o imposibilidad pasada, así, *puede ocurrir que el pasado en la relación conyugal excluya en forma íntegra la compensación, pues si bien el futuro se ve precario* (no hay previsión, ni beneficios de salud, la edad es avanzada, no se tiene cualificación profesional ni experiencia laboral alguna), *el menoscabo es irrelevante* (o inexistente) *para justificar la compensación*⁷¹⁹.

Se ha indicado que lo que dejó de ganar o percibir el requirente es el primer criterio que el juez debe tener en cuenta, calculando el probable ingreso obtenido en el trabajo no desarrollado; el valor del trabajo doméstico efectivamente realizado quedaría incluido en el último elemento del art. 62 LMC⁷²⁰. Esta última afirmación carece de justificación, por cuanto, el trabajo doméstico realizado es específico y se refiere al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y nada tiene que ver con la colaboración en actividades lucrativas del otro cónyuge, por tanto, no puede mensurarse en base a ello; por otro lado, provoca el absurdo de dejar sin estimación dicho trabajo si se prueba que no hubo colaboración en las referidas actividades lucrativas. Valorizando el trabajo doméstico, se ha postulado que éste constituye, además de presupuesto para el otorgamiento de la compensación, un óptimo posible de compensar a modo de referente para sopesar el trabajo efectivamente realizado, constituyendo un total máximo compensable⁷²¹. Dos prevenciones nos ofrece ahora esta tesis, por un lado, nada se adelanta sobre la forma de valorización de dicho trabajo, más bien se lo indica como un criterio, por otro, no parece que, “*aquel monto*” de alguna forma determinado sea necesariamente el máximo, pues en algo habrán de contribuir las circunstancias del art. 62 LMC respecto de la cuantía de la compensación.

Lamentablemente, la jurisprudencia mayoritaria no da cuenta de la estrategia o secuencia operacional seguida en la determinación del monto de la compensación. Propone Pizarro dos operaciones secuenciadas para que

⁷¹⁹ C. PIZARRO WILSON. *La cuantía...* p. 42. Los paréntesis son nuestros.

⁷²⁰ H. CORRAL TALCIANI. *La compensación...* p. 30.

⁷²¹ S. TURNER SAELZER. *La valorización...* p. 219. Concluye Turner que solo en la medida que ese trabajo se vea efectivamente reflejado en el monto de la compensación y, por tanto, corresponda al verdaderamente al trabajo doméstico realizado, se estará concretando el principio de equiparidad del trabajo doméstico en relación con el remunerado vigente el matrimonio.

el juez establezca la cuantía de la compensación —y de paso coordina las dos posturas anteriores—: primero, determinar cuál fue el sacrificio operado por el cónyuge requirente de la compensación durante la vida conyugal, consistente en valorizar, su trabajo efectuado sin remuneración, es decir, el valor de lo que hizo, esto es, de su dedicación al trabajo doméstico durante el matrimonio, el que variará según las labores asumidas, la presencia o no de hijos y su número, etc. La segunda operación, consiste en determinar el costo alternativo de dicho sacrificio, el valor de aquello que dejó de hacer o que hizo en menor medida, ítem que variará según las características profesionales del requirente, al iniciar la vida en común⁷²². Con resultar interesante la propuesta, compartimos los temores de quienes expresan que no se trata de avaluar lo que habría podido ganarse y fijar en razón de ello el monto de la compensación, si así fuera no sería compensación, sino indemnización de daño económico y, aún más, un lucro cesante impropio⁷²³.

⁷²² Para llegar a una estimación en dinero, el autor, siguiendo el criterio propuesto por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 26 de enero de 2007, indica que deberá valorizarse el trabajo doméstico, acercándolo a la remuneración que recibe una persona por esas tareas (hoy varía entre el salario mínimo hasta los \$500.000 pesos según los estratos sociales). A esto debe agregarse el costo de oportunidad según las cualidades profesionales o aptitudes para el trabajo del cónyuge demandante, considerando su título profesional o técnico y la experiencia al tiempo del matrimonio, así, habrá que estimar cuál sería su remuneración si hubiere continuado trabajando. Esa remuneración en la diferencia que arroje con la valoración del trabajo doméstico deberá agregarse; si el cónyuge requirente carecía de estudios, era joven, no había trabajado y se dedicó al hogar, sólo deberá contemplarse como base de cálculo la valoración del trabajo doméstico. Una vez fijada la base del cálculo deberá multiplicarse por los años durante los cuales se efectuaron las tareas causantes del menoscabo económico. Luego, determinada esta cifra, procede realizar una deducción del 13% equivalente a la cotización obligatoria por concepto de jubilación. La suma que arroje constituye en su integridad compensación, pues habría sido el ahorro previsional del requirente. A continuación, debe considerarse el régimen económico del matrimonio y aplicar las circunstancias correctoras del artículo 62 LMC que deberán ponderarse por el tribunal respectivo. Estos criterios pueden significar un aumento o una disminución de la compensación, debiendo relacionarse unos con otros, en la medida que fueren aplicables. En su opinión, todos ellos, sin excepción, deben considerarse para mensurar la intensidad del menoscabo y sacrificio del cónyuge requirente durante el período que justifica la procedencia de la compensación. En esta fase, como indica, la prudencia judicial tendrá un papel protagónico e insoslayable. C. PIZARRO WILSON. *La cuantía...* pp. 51 y ss.

Se debe advertir, sin embargo, el peligro de asemejar la compensación al lucro cesante. En la compensación no se trata de valorar matemáticamente lo que habría podido obtener con un trabajo, se trata más bien de atribuir un valor económico a la posibilidad, esto es, el costo de oportunidad. R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *La compensación...* p. 87.

⁷²³ R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *La compensación...* p. 90.

La jurisprudencia justamente ha señalado: *la institución de la compensación económica, no significa que necesariamente deba corresponder a un valor determinado aritméticamente de lo que habría podido obtener el cónyuge beneficiario en un lapso de tiempo determinado, para el evento que hubiere trabajado o lo hubiere podido hacer en mayor medida, ya que su objetivo no es restituirle lo que hubiere perdido por su equivalente exacto, debiendo en cada caso, ponderarse las circunstancias que ameritan su procedencia y monto*⁷²⁴. Oportuno es reiterar en esta parte, que la finalidad de la compensación es resarcir, mitigar el menoscabo de ahí la facultad discrecional de juez para evaluar las circunstancias y la ausencia de una regla de tasación legal de las mismas.

El importe de la compensación económica finalmente determinado debe corresponder a un monto en dinero, fijo, racional y proporcional a las circunstancias de las partes, sin perjuicio de la forma de pago que se establezca, teniendo claro que con él no se pretende asegurar un *modus vivendi* a perpetuidad. La Corte Suprema en junio de 2009, conociendo de un recurso de casación, invalidó la sentencia que condenaba al recurrente, a título de compensación económica, a mantener a la ex cónyuge como carga de salud a su costa hasta que ésta cumpla 60 años y luego de esa fecha debería pagarle mensualmente un ingreso mínimo mensual de por vida. La razón de ello estribó en la indeterminación en el monto de la pensión que esta decisión implicaba⁷²⁵.

Debe tratarse de una suma determinada, esto es, de un monto global, que debe quedar expresamente indicado en la sentencia: *A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto* (art. 64 inc. 1° LMC); *...el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad* (art. 64 inc. final LMC). La sentencia debe fijar, entonces, siempre la suma o importe único a título de

⁷²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 14 de junio de 2011, en autos rol N° 2.157-2010, caratulados "Valeria Auras Cañas Aranda con Armando David Encina Moreno". Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador: 49570.

⁷²⁵ Corte Suprema, sentencia de 01 de junio de 2009, en autos caratulados "Pedro Cartes Vásquez con Rosa Santis Velásquez" rol N° 3.079-2009. Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 42050.

compensación; dicha determinación es esencial y otorga certeza jurídica tanto al deudor como al acreedor del derecho personal que se genera; del mismo modo la sentencia debiera dar cuenta razonada de la justificación de tal o cual monto a título de compensación. El monto determinado en la sentencia es inmodificable con posterioridad, cualquiera sean las circunstancias posteriores de deudor y acreedor; lo cual deja claro que su finalidad no es satisfacer las necesidades alimentarias del beneficiario y reafirma su carácter resarcitorio. Este especial carácter del modelo chileno es contrapuesto a alguna de las modalidades de pago que reconocen otras legislaciones, que son en esencia indeterminadas en su monto⁷²⁶. Así, la determinación de la compensación en el sistema español puede hacerse en relación a una cantidad cierta o mediante la fijación de un porcentaje sobre los ingresos del obligado al pago⁷²⁷.

9. FORMA Y PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La compensación económica es un derecho patrimonial y ello determina que su objeto consista en una prestación de naturaleza patrimonial, comprensiva siempre de una suma determinada, relativa a una cuantía de dinero, con independencia de su forma final de pago. Las modalidades de pago para el caso de determinación judicial, están fijadas por ley y la ley también se refiere a la forma de pago de la modalidad determinada por el juez, que normalmente será representativa de una prestación de dar.

9.1 Modalidades de Compensación

En relación con la forma de la prestación en qué consiste la compensación, el juez tiene libertad para hacer la fijación, pudiendo establecer alguna de las siguientes modalidades conforme al art. 65 de la LMC⁷²⁸, entendiéndose,

⁷²⁶ Se apunta, precisamente, como un factor que influye en la admisión de la pensión temporal española la circunstancia de que esta supone realizar anticipadamente una acotación temporal de la pensión, lo que no es usual. M. MARÍN LÓPEZ en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) *Comentarios...* p. 228.

⁷²⁷ J.L. LACRUZ-J. RAMS. *Elementos...* p. 106.

⁷²⁸ El modificado 97.1 Cc español, permite que la compensación por desequilibrio económico pueda consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia, no proporcionando el legislador criterios para preferir una de las modalidades respecto de las otras. Serán determinantes a estos efectos las circunstancias concurrentes. Su fijación con carácter temporal o por tiempo indefinido

en todo caso, que ello estará condicionado o relacionado con lo pedido por el cónyuge requirente⁷²⁹:

– La entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes.

En relación con esta modalidad es relevante tener presente que el incremento patrimonial originado en el pago de una compensación económica de aquellas a que se refiere el artículo 61 de la ley N° 19.947, convenida por los cónyuges en escritura pública, acta de avenimiento o transacción y aquellas decretadas por sentencia judicial, es un ingreso no constitutivo de renta en virtud de lo dispuesto por el N° 31 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, agregado por ley N° 20.239 de 8 de febrero de 2007. Conforme al artículo 2° de la ley N° 20.239, las compensaciones económicas que se benefician con el tratamiento tributario dispuesto por el N° 31 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, son aquellas que se pagaron o paguen a los cónyuges en virtud de las normas de la ley N° 19.947, a contar del 17 de noviembre de 2004⁷³⁰.

– La constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor (art. 65 N° 2 LMC)⁷³¹. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo⁷³².

Continuación nota ⁷²⁸

sólo debe depender de las específicas circunstancias del caso, particularmente las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, con la única condición de que la temporalidad de la pensión no haga que se resienta la función reequilibradora que constituye su razón de ser.

⁷²⁹ A ello se debe agregar lo preceptuado por el art. 80 de la Ley N° 20.255 de 2008, que Establece Reforma Previsional. Algunas críticas a esta disposición se encuentran en C. PIZARRO WILSON. “El pago de la compensación económica en la jurisprudencia nacional”. En *Compensación Económica por Divorcio o Nulidad*. Cuadernos de Análisis Jurídico, Chile, 2009. Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 160-162.

⁷³⁰ Dictamen N° 1.838 de 27 de mayo de 2009 del Servicio de Impuestos Internos de Chile. Disponible en www.microjuris.com, número identificador DIC: 1838, MJJ21991.

⁷³¹ Esta modalidad es criticada por la doctrina señalándose que no se condice con la naturaleza de la compensación económica y la aproxima más a la idea de alimentos debidos por ley. En A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 74.

⁷³² Algunos comentarios a esta norma de protección de intereses de tercero en A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 74.

En una mirada superficial de la referida norma resultan al menos dos cuestiones comentables: primero, las partes tienen libertad para determinar la modalidad que mejor estimen a fin de satisfacer la compensación económica que hubieren estipulado en sus acuerdos, desde que el art. 63 establece que tanto la determinación de la compensación, como su monto y forma de pago pueden ser convenidos primeramente por las partes, sin sujetarlos a norma restrictiva alguna al respecto, salvo en lo que se refiere a la necesaria aprobación judicial que, ya hemos visto, implica control de su contenido en vista de la efectiva protección del cónyuge más débil; quedando, por otro lado, expresamente señalado por el propio art. 65 LMC que su destinatario es el juez. Segundo, el encabezado de la norma “*En la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades*”, permite dos interpretaciones posibles: que el juez tiene libertad para elegir sólo entre las dos alternativas que el legislador señala⁷³³; o, que la disposición señala dos modalidades que se pueden utilizar, sin ser taxativas⁷³⁴ pudiendo, por tanto, el juez establecer una modalidad distinta, con tal que permita igualmente cumplir la función correctora o resarcitoria de toda compensación. Lo anterior no ha tenido implicancias prácticas, por cuanto, se ha utilizado por excelencia la primera modalidad y, dentro de ella, la entrega de una suma de dinero.

Respecto de la modalidad de derechos reales a título de compensación, la doctrina estima que debe evitarse por cuanto origina una relación pos divorcio entre los cónyuges, debiendo el cónyuge deudor, nudo propietario, esperar el vencimiento de un plazo para recuperar la propiedad plena; inmoviliza un bien dejándolo fuera del mercado; dificulta la circulación de los bienes respectivos, etc.⁷³⁵.

9.2 Forma de pago de la Compensación

Determinada la modalidad, el paso siguiente es la fijación de la forma de pago de la compensación. De las modalidades establecidas en la ley, la regla general es la prestación en dinero, en consecuencia, las reglas legales sobre forma de pago se refieren precisamente a él.

⁷³³ A. VIDAL OLIVARES. *Forma de pago...* p. 71.

⁷³⁴ Corte Suprema, sentencia de 9 de mayo de 2011, ya citada, considerando noveno.

⁷³⁵ C. PIZARRO WILSON. *El pago de la compensación...* p. 159.

El pago en una cuota, o de contado, es la opción preferente del legislador y respecto de su entero el juez podrá otorgar un prudente y breve plazo. La compensación debe ser pagada de una vez, entendiéndose que con ello se satisface la finalidad de resolver el conflicto patrimonial entre los cónyuges de una sola vez o en el menor tiempo posible⁷³⁶, al mismo tiempo que se protege efectivamente al cónyuge más débil. Así la Corte Suprema: *como regla general, la compensación será pagada de una sola vez y, por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas periódicas, sin embargo, la propia ley señala que debe establecerse alguna forma de reajustabilidad; exigencia a la que no se ha dado cumplimiento por los sentenciadores, al haberse fijado únicamente cuotas de un valor nominal para su solución*⁷³⁷. La tendencia jurisprudencial sin embargo, ha optado por la alternativa legal consistente en la división del monto en cuotas⁷³⁸, atendiendo con ello no a la situación del acreedor, que es el cónyuge más débil, sino a la situación patrimonial del deudor, pues dicha forma de pago cede en su beneficio al facilitarle la cancelación⁷³⁹.

Al pago en cuotas se refiere tanto el art. 65 N° 1 LMC, como el art. 66 LMC, este último estimado como una forma de pago residual⁷⁴⁰. La primera disposición establece que cuando el juez fija como modalidad de pago de la compensación la entrega de una suma de dinero puede establecer que su entero se haga en varias cuotas reajustables, respecto de las cuales, debe fijar seguridades para su pago⁷⁴¹. El valor de cada cuota debe expresarse en alguna unidad

⁷³⁶ A. VIDAL OLIVARES. *Forma de pago...* p. 72. Se evita la perpetuación del conflicto o que con ocasión del pago de la compensación surjan otros conflictos que puedan afectar el interés de los hijos comunes.

⁷³⁷ En el recurso, la Corte estimó que resultaban también vulnerados los artículos 65 y 66 de la LMC, al no cumplirse con la exigencia allí prevista en orden a disponer un sistema de reajustabilidad para el pago de la compensación económica ordenado mediante cuotas. Corte Suprema, sentencia de 9 de mayo de 2011, ya citada.

⁷³⁸ C. PIZARRO WILSON. *El pago de la compensación...* p. 150.

⁷³⁹ El uso masivo del pago en cuotas, pese a la preferencia legal, se relaciona con la realidad socioeconómica chilena, que ha convertido el pago de una sola vez en una excepción en la jurisprudencia. A. VIDAL OLIVARES. *Forma de pago...* p. 73. C. PIZARRO WILSON. *El pago de la compensación...* p. 155.

⁷⁴⁰ A. VIDAL OLIVARES. *Forma de pago...* p. 81. C. PIZARRO WILSON. *El pago de la compensación...* p. 150.

⁷⁴¹ Algunos autores se han pronunciado brevemente sobre este tema A. VIDAL OLIVARES. *Forma de pago...* p. 79.

reajutable⁷⁴². La decisión es discrecional y supone que ha obrado petición al respecto por parte del deudor. La fijación de seguridades de pago es imperativa para el juez, quien debe establecerlas siempre, sea ello pedido o no por el acreedor de la compensación. Conforme a la norma residual, en cambio, el juez puede haber fijado cualquiera de las modalidades de pago del art. 65 (entrega de dinero, acciones u otros bienes o, constitución de derechos de usufructo, uso o habitación) pero el deudor no tiene bienes suficientes para solucionarla, en cuyo caso, considerando la capacidad económica de aquél⁷⁴³, el juez podrá dividir el monto de la compensación en cuantas cuotas fuere necesario y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable (art. 66 inc. 1° LMC). Todo ello deberá quedar expresado en la sentencia de divorcio.

Se puede apreciar que en el primer caso (art. 65 LMC) hay ciertas restricciones a la modalidad de cuotas: primero, porque la norma impulsa a generar un número reducido (*varias cuotas*) y, segundo, porque siempre deben fijarse seguridades para su pago, lo que constituye, en definitiva, una medida de protección para el cónyuge más débil que se instituye acreedor; el art. 66, en cambio, abre la posibilidad a la fijación de un elevado número de cuotas (*cuantas fuere necesario*)⁷⁴⁴ y nada exige sobre fijación de medidas especiales de seguridad por parte del juez, pues el propio legislador se encarga de determinar una. En efecto, la norma residual expresa en su inc. 2° que el pago de 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 igualmente se declarará en la sentencia. El deudor autónomamente puede ofrecer una garantía y en dicho evento el juez deberá evaluar su procedencia en relación con el efecto que se preten-

⁷⁴² La Corte Suprema, con fecha 4 de agosto de 2008, conociendo de un recurso de casación, mantuvo el monto de la compensación económica fijada por la Corte de Apelación, pero al estar probado que el deudor carecía de bienes para solucionar dicho monto, dispuso, teniendo presente su capacidad económica, el pago en cuotas mensuales, fijas, reajustables, de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor. Autos rol N° 3.120-2008 "Raúl Domínguez Asenjo con María Tupper Pezoa". Disponible en: www.legalpublishing.cl.

⁷⁴³ El hecho de aludir la ley al caso en que el deudor carezca de bienes suficientes, demuestra que no es requisito para establecer la compensación, que al momento de reclamarse, el cónyuge afectado por el pago, disponga de un patrimonio suficiente para afrontarlo. J. ORREGO ACUÑA. *Temas de...* p. 246.

⁷⁴⁴ Ya hemos comentado sentencias donde se fijan 155 cuotas mensuales (CS, 9 mayo 2011), algo más de 12 años de relación crediticia entre ex cónyuges, que evidentemente puede originar nuevos conflictos entre ellos, al mismo tiempo que no permite cerrar una etapa de sus vidas.

de con la misma, en caso de rechazo de la garantía ofrecida, o cuando el deudor nada indique, opera automáticamente la consideración de alimentos respecto de las cuotas como garantía para su cumplimiento.

En cualquiera de los casos en que se permite el pago en cuotas, necesariamente éstas deben quedar expresadas en alguna unidad reajutable y como el legislador no fija una unidad de reajustabilidad específica, podrá ser cualquiera. La doctrina pone de manifiesto tanto la irregularidad en el cumplimiento de esta exigencia por parte de los tribunales, que suelen fijar únicamente cuotas de un valor nominal para su solución, correspondiente al producto de la división del monto fijo de la compensación en pesos, por el número de cuotas en que se divide su pago⁷⁴⁵, vulnerando con ello lo dispuesto en los art. 65 y 66 LMC; como en la pluralidad de unidades reajustables utilizadas (UF, IPC, ingreso mínimo mensual)⁷⁴⁶.

Finalmente, cuando la modalidad de compensación determinada por el tribunal es la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor, el pago de la compensación se producirá, de modo normal, mediante el otorgamiento de los instrumentos respectivos donde consten tales derechos y la necesaria facilitación pertinente del disfrute de los mismos, por el tiempo que se fije en la sentencia y que debe ser correspondiente al monto de la compensación. Se entiende que el tribunal podrá fijar esta modalidad de pago cuando así ha sido pedido y se le han proporcionado los antecedentes suficientes para su correcta fijación. Cabe recordar que el art. 66 LMC que establece la forma de pago residual, se entiende igualmente aplicable si el deudor de los derechos de usufructo, uso o habitación, no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante esta modalidad, por tanto, la fijación de cuantas cuotas en dinero fueren necesarias, será un modo subsidiario de pago de esta modalidad de compensación.

9.3 Del Carácter alimenticio de las cuotas

El carácter alimenticio que la ley asigna a la cuota en que se ha fijado el pago la compensación económica conforme al inc. 2º del art. 66 LMC nos

⁷⁴⁵ Corte Suprema, sentencia de 9 de mayo de 2011, ya citada.

⁷⁴⁶ C. PIZARRO WILSON. *El pago de la compensación...* pp. 153-155.

lleva a plantear dos cuestiones de interés: por un lado, la significación y alcance de dicha expresión y, por otro, las implicancias concretas respecto del cumplimiento.

Cuando el legislador establece que *la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento*, claramente nos está diciendo que la compensación no es alimentos, como no lo son tampoco las cuotas en que se dividen. La consideración de la cuota como alimentos lo es restrictivamente, sólo para efectos de su cumplimiento, de modo que no es posible atribuirle otro alcance más allá de lo dispuesto por el legislador o pretender extraer de aquello una supuesta naturaleza jurídica del derecho distinta de la puramente resarcitoria. La norma no se pronuncia sobre el derecho a la compensación, sino sobre las cuotas en que puede ser dividido su importe, para los efectos de su pago y cumplimiento.

Sin embargo, que las cuotas se consideren alimentos sólo para efecto de su cumplimiento no es poco decir, pues ello implica (y aquí entonces estamos en las implicancias concretas) que se somete a cada cuota, a las disposiciones de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, lo cual conlleva, en principio, la aplicación al deudor de la compensación todas las medidas y apremios previstos en dicha ley para el pago o cumplimiento de los alimentos decretados. En relación con esto, la situación extrema a revisar, es la posibilidad de arresto nocturno (art. 14 ley N° 14.908⁷⁴⁷). Dentro de las razones legislativas que justificaron el acuerdo de la norma en los términos legales, se encuentra precisamente la posibilidad de solicitar el arresto nocturno del infractor ante

⁷⁴⁷ Art. 14 incs. 1º y 2º ley N° 14.908. *Si decretados los alimentos por resolución que cause ejecutoria en favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado, el alimentante no hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones decretadas, el tribunal que dictó la resolución deberá, a petición de parte o de oficio y sin necesidad de audiencia, imponer al deudor como medida de apremio, el arresto nocturno entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días. El juez podrá repetir esta medida hasta obtener el íntegro pago de la obligación.*

Si el alimentante infringiere el arresto nocturno o persistiere en el incumplimiento de la obligación alimenticia después de dos períodos de arresto nocturno, el juez podrá apremiarlo con arresto hasta por quince días. En caso de que procedan nuevos apremios, podrá ampliar el arresto hasta por 30 días.

el incumplimiento⁷⁴⁸, esto es, la intención del legislador al incorporar la expresión “*la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento*” justamente fue hacer procedente el arresto nocturno por no pago de cuotas de compensación. Por nuestra parte, estimados igualmente la procedencia del arresto nocturno en base al tenor claro, preciso y sin efectuar ningún tipo de distinción del inc. 2° del señalado artículo 66 LMC. La jurisprudencia, sin embargo, se manifiesta oscilante en la materia⁷⁴⁹. Encontramos sentencias que han seguido el mismo predicado propuesto: *Existiendo una taxativa, especial y específica disposición legal que determina que las cuotas de la compensación económica declarada por sentencia, deben ser consideradas como alimentos para el efecto de cumplimiento, es plenamente procedente imponer al deudor, como medida de apremio, el arresto nocturno, en la forma que lo indica dicha norma legal, dado que consta fehacientemente que, quien tiene la obligación contraída, no ha dado cumplimiento a su obligación en la forma pactada, no habiendo pagado ninguna de las cuotas a que se comprometió, desde el mes de julio del año 2009, por lo que es dable apremiarlo en la forma que establece la disposición legal recién citada, no resultando*

⁷⁴⁸ Este antecedente aparece comentado en J. BARRIENTOS-A. NOVALES. *Nuevo Derecho...* p. 432 y en A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 75.

⁷⁴⁹ La procedencia o no del arresto nocturno ha motivado además el recurso al Tribunal Constitucional. En efecto, en mayo de 2011 se presentó un requerimiento de inconstitucionalidad del art. 66, por estimarse inconstitucional la aplicación del apremio de arresto nocturno por el atraso en el pago de una cuota, a título de compensación económica, solicitando la declaración de inaplicabilidad del artículo 66 de la ley N° 19.947, que –en su inciso segundo– asimila dicha cuota a los alimentos, “para el efecto de su cumplimiento”. En la causa, no hubo un pronunciamiento del fondo, pues, conforme constaba en los antecedentes, se había dejado sin efecto la orden de arresto por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, con la constancia de haberse efectuado el pago atrasado, en consecuencia, según señaló el TC, *en el estado actual de la gestión en que incide, el precepto legal impugnado no podría producir los efectos contrarios a la Constitución Política de la República alegados*. En su resolución aporta sí el Tribunal, una consideración respecto a la norma cuya constitucionalidad pudiera ser evaluada, que en su concepto es el art. 14 de la Ley N° 14.908 que fija el Arresto Nocturno y no al art. 66 LMC. En efecto señala: *las alegaciones del actor dicen relación con el arresto como medida de apremio, cuestión que se encuentra regulada en el artículo 14 de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, precepto no impugnado de inaplicabilidad. De este modo, el presente requerimiento deberá ser también declarado inadmisibles porque el artículo 66 de la ley N° 19.947 no es la norma aplicable en relación al conflicto constitucional aducido por el requirente*. Tribunal Constitucional. Rol N° 1909-11-INA.

*pertinente el análisis interpretativo que el juez otorga al artículo 66 de la ley N° 19.947, si se considera el claro y literal tenor de esta disposición (considerando séptimo)*⁷⁵⁰.

En igual sentido la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia más reciente considera que, *existiendo una disposición legal que determina que las cuotas de la compensación económica, deben ser consideradas como alimentos para los efectos de su cumplimiento, artículo 66 inciso 2° de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, resulta procedente imponer al deudor, como medida de apremio, el arresto nocturno*. En esta causa, las partes habían llegado a un acuerdo sobre la forma de pago, estableciendo ellas los montos y fechas de pago de cada cuota y el deudor, según se acreditó, no había dado cumplimiento a su obligación en la forma pactada respecto de la segunda de las cuotas a que se comprometió, por lo que, la Corte revocó lo resuelto por el tribunal de familia al considerar posible apremiarlo en la forma que indica el art. 14 de la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, esto es, con arresto nocturno entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días. La Corte hizo, además, un pronunciamiento sobre el art. 7° N° 7 de la Convención Sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica que había sido citado por la Juez a quo para fundar su rechazo al arresto nocturno, en tanto dice que nadie será detenido por deudas; y, señala: *...es necesario recordar que el mismo artículo mencionado señala que “Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competentes dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”*.

⁷⁵⁰ Corte de Apelaciones de Coyhaique, sentencia de 15 de septiembre de 2010, en autos rol N° 26-2010, caratulados “Gabriela Patricia González Olavarría con Jorge Alejandro Molina Bahamonde”. Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador: 45778. La Corte revocó la resolución apelada de fecha diecisiete de julio de dos mil diez, por la cual se había denegado la solicitud de arresto efectuada por la actora, en su lugar, se declaró que se hace lugar a lo solicitado, imponiéndose, como medida de apremio, el arresto nocturno del demandado, por el tiempo que el juez regule; todo ello con costas. El juez del grado, había desestimado la solicitud de cumplimiento de compensación económica deducida por la recurrente, sin perjuicio de reconocer el derecho que le asiste a aquélla, de solicitar otras medidas con el fin de obtener el completo pago de lo demandado, fundando su resolución, en el marcado carácter indemnizatorio que ostentaría la compensación económica, y en disposiciones que protegen y aseguran la libertad individual, por sobre el tenor literal del art. 66 LMC, citando la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

*De manera que ese argumento no es aplicable en la especie y así las cosas, no cabe sino revocar la resolución apelada (considerando quinto)*⁷⁵¹.

Otras resoluciones han hecho primar el Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, así, la Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 25 de marzo de 2011, acogió un recurso de amparo a favor del deudor de la compensación teniendo en especial consideración lo siguiente⁷⁵²:

Que el artículo 5° de la Constitución Política de la República establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Agregando a continuación que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así por los Tratados Internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, norma que obliga a aplicar el Pacto de San José de Costa Rica (considerando segundo).

Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 7° del D N° 873, que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, nadie puede ser detenido por deudas, con la única limitación del mandato de autoridad competente por el incumplimiento de deberes alimentarios, norma aplicable en Chile, según se indicó en el considerando precedente (considerando tercero).

Que el artículo 66 de la ley N° 19.947 –norma que no fue objeto de observación por parte del Tribunal Constitucional–, en su inciso final dispone que: “La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento”, lo que implícitamente indica que la compensación económica no es alimentos y la norma antes citada del Pacto de San José de Costa Rica, sólo permite la privación de libertad por deudas de alimentos, lo cual no ocurre en la especie, infringiéndose con ello la garantía constitucional de la libertad personal, establecida en el numeral

⁷⁵¹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 15 de febrero de 2011, en autos rol N° 10-11, caratulados “Moraga c/ Silva”. Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ26295.

⁷⁵² Corte de Apelaciones de Valparaíso, fallo de 25 de marzo de 2011, en autos rol N° 162-2011, caratulados “Juan Ricardo Massmann Schilling”. Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador: 48511.

7° del artículo 19 de la Carta Fundamental, por lo que la acción cautelar interpuesta será acogida (considerando cuarto).

Reiteramos que, en nuestra opinión, la intención del legislador es clara en cuanto a posibilitar la efectiva protección del cónyuge más débil cuando la compensación se ha fijado en cuotas, por medio del recurso a todas medidas y apremios que establece la ley N° 14.908, de ahí la asimilación de las cuotas a “alimentos” que hace el art. 66 LMC. Lamentablemente, la falta de uniformidad que comienza a producirse en los tribunales no contribuye al logro de dicho fin, pues, al mismo tiempo que no genera certeza respecto del marco de protección del acreedor frente a los incumplimientos del deudor, desatiende el interés superior del cónyuge más débil que se pretendía proteger por medio del derecho a la compensación económica. En la medida que se siga privilegiando en la práctica la forma de pago en cuotas que, como lo hemos dicho, solo beneficia al deudor y luego, no se apliquen las medidas disuasivas adecuadas frente a sus incumplimientos, aumentarán los efectos nocivos de los divorcios, se agravará el menoscabo económicos que arrastra, se perpetuarán en los tribunales los conflictos derivados, antes de convivencia, ahora por la satisfacción de las deudas. Ni el deudor, ni el acreedor, y evidentemente tampoco los hijos menores que se relacionan con ambos, podrán restablecer una vida futura sana.

9.4 Seguridades para el Pago de la Compensación

El gran problema que presenta la forma de pago en cuotas en general, es el de su efectivo cumplimiento o, mejor aún, el de la reacción jurídica ante un incumplimiento. Lo anterior, adquiere mayor fuerza en el caso de la compensación económica, ya que, por un lado, la LMC no fijó un plazo máximo para el pago de la compensación y, por otro, no otorgó al crédito por compensación económica ninguna preferencia de pago, por tanto, se trata de un crédito valista, que genera una acción personal para perseguir su pago, respecto de la cual, el cónyuge beneficiario, sometido al régimen común de las obligaciones, concurre con otros de la misma naturaleza ante una situación patrimonial complicada del deudor y siempre después de los créditos privilegiados. Se acrecientan los efectos nocivos cuando la cantidad de cuotas en que se divide el monto de la compensación es numerosa, pues, se reproducirá, sin lugar a dudas, la problemática social del cobro de las

pensiones de alimentos, perpetuando el conflicto judicial y extrajudicialmente entre personas que ya no son parte de una misma familia. La doctrina sugiere, ante esta realidad legal que debe ser el juez quien vele porque el cónyuge acreedor obtenga la satisfacción de su acreencia, pudiendo, entre otras cosas decretar de oficio una medida de seguridad⁷⁵³ y, creemos, estableciendo plazos razonables para su pago.

⁷⁵³ A. VIDAL OLIVARES. *Forma de pago...* p. 97.

El autor (pp. 88 y ss.), ha detectado cuatro lagunas en las normas de la LMC sobre modalidad y pago de la compensación económica que refieren a supuestos que pueden presentarse en la práctica. Brevemente las lagunas y su propuesta de integración son: 1) Problema: ¿qué solución debe darse para el caso de la compensación económica que se satisface con una cosa distinta al dinero y luego sobreviene su evicción? En su opinión, si se atiende a la naturaleza familiar del derecho a la compensación económica, el problema planteado debiera resolverse aplicando por extensión analógica el artículo 1792-22 del Cc, que es norma protectora del interés del cónyuge acreedor y que resuelve sobre un derecho de la misma naturaleza: el de la participación en los gananciales. Por consiguiente, si la compensación se paga mediante dación en pago y sobreviene la evicción de la especie objeto de ella, el crédito renace, a menos que el beneficiario hubiere tomado sobre sí el riesgo de la evicción, tal como lo prevé la disposición del artículo 1792-22 Cc; ahora bien, como se trata de una laguna y que el juez debe integrar caso a caso, tratándose de una compensación económica convenida sugiere incorporar una cláusula que contemple este supuesto y se extienda expresamente la solución que la ley da para el crédito de participación, o bien, que el beneficiario tome sobre sí el riesgo de la evicción de la cosa dada en pago; y, cuando las prestaciones se piden judicialmente, indica que conviene que el demandante, denunciando la laguna, solicite que para el evento que se decrete como modalidad la dación en pago, se prevea la posibilidad de evicción haciendo aplicable por extensión analógica el precepto del artículo 1792-22 Cc; 2) Problema: ¿la norma protectora de los terceros acreedores que recoge el artículo 65 N° 2 de la LMC se aplica igualmente a los casos de compensación convenida y de necesaria aprobación judicial? Aunque estima discutible la aplicación analógica de la norma, cree que recurriendo a los principios generales del Derecho —específicamente los principios de la seguridad jurídica y protección de la apariencia, que privilegian a los acreedores por las actuaciones voluntarias posteriores de su deudor y que puedan perjudicar su derecho—, se arriba a la misma solución, de tal forma, que si la constitución del derecho real está contenida en el acuerdo compensatorio, ella no perjudicará a los acreedores anteriores del deudor, siendo inoponible el derecho real. 3) Problema: ¿cuál es el efecto que produce en el crédito de compensación —que se satisface mediante la constitución de un derecho real— la realización del inmueble gravado con usufructo, uso o habitación? En otros términos ¿a quién pertenece el riesgo de la posterior realización del inmueble?, ¿al acreedor de la compensación o a su deudor? A su juicio, el riesgo no puede pertenecer al acreedor, sino que al deudor de compensación que paga bajo esta modalidad, pues es él quien tiene acreedores anteriores y el ejercicio de sus créditos depende exclusivamente del pago que efectúe, esto es, de su actuación voluntaria. 4) Problema: ¿Puede modificarse la compensación económica y su forma de pago por alteración de las circunstancias? Claramente, atendida la naturaleza jurídica de la institución la respuesta es negativa, sin embargo, se pregunta: ¿qué ocurre cuando el juez somete el beneficio al régimen excepcional del artículo 66 de la LMC?,

Sobre las seguridades para el pago, pese a que la doctrina entiende que puede ser cualquiera, esto es, las garantías y cauciones, así como todos aquellos mecanismos o medidas que den certeza al acreedor acerca del pago, evitando o previniendo, el incumplimiento, o la insatisfacción definitiva del crédito⁷⁵⁴, la jurisprudencia ya ha comenzado a establecer restricciones. En efecto, una sentencia reciente de la Corte de Apelaciones de San Miguel, se ha manifestado a favor de la improcedencia de la cláusula de aceleración: *no resulta procedente incluir en el pago decretado una cláusula de aceleración, que hace exigible el total de la compensación para el caso en que no se pague alguna de las cuotas, como señala el fallo recurrido en su parte resolutive, por cuanto dicha garantía no fue solicitada por la actora reconvenional en su demanda, ni los artículos 65 y 66 de la ley N° 19.947 facultan al juez para establecerla. A este respecto, es del caso señalar que el inciso segundo del artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil expresa que “la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieran ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, los que se declarará en la sentencia”. Esta norma no hace más que corroborar la improcedencia de la cláusula de aceleración como seguridad para el pago de las cuotas adeudadas, establecida de oficio por el tribunal a quo*⁷⁵⁵. La argumentación de la Corte deja entrever la posibilidad de cláusula de aceleración cuando el pago en cuotas ha sido determinado en el acuerdo de compensación a que lleguen las partes (art. 63 inc. 1° LMC), validado por su propio consentimiento y con la aprobación judicial y, también, para el caso que ello sea pedido expresamente en la demanda o en la reconvenición por el requirente. Únicamente no procedería la cláusula de aceleración, conforme a esta jurisprudencia, cuando el pago en cuotas se hace conforme al art. 66 LMC.

Continuación nota ⁷⁵³

dado que es perfectamente admisible sostener que la asimilación de las cuotas a los alimentos para efectos del cumplimiento no refiera exclusivamente al incumplimiento, sino, también, a su cumplimiento. En su opinión, una lectura amplia del precepto permitiría fundar una solicitud de modificación de la forma de pago en caso de alteración de las circunstancias económicas del deudor, manteniéndose intacta la cuantía de la compensación.

⁷⁵⁴ A. VIDAL OLIVARES. *Forma de pago...* p. 79.

⁷⁵⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 22 de diciembre de 2010, en autos rol N° 687-2010, caratulados “Juan Antonio González Orellana con Dorila del Tránsito Olea Guerrero”. Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador: 47061.

9.5 Improcedencia del Pago vitalicio

Finalmente, es claro que la compensación económica no puede consistir en una pensión que deba ser pagada periódicamente y en forma vitalicia (Corte Suprema, sentencia de 01 junio de 2009), lo que guarda relación con la necesidad de la determinación precisa de su monto⁷⁵⁶. La compensación económica debe ser demandada por un monto determinado y único, a fin de no encubrir con ella figuras de diversa naturaleza como una pensión alimenticia, sin perjuicio de que, luego de fijado el monto, su pago pueda establecerse en parcialidades. Lo anterior implica que el juez, previo a la determinación de la forma de pago, debe fijar un monto en dinero que represente el menoscabo económico a compensar por el cónyuge deudor⁷⁵⁷. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 17 de julio de 2009, rechazó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la sentencia que no acogió la demanda reconvenzional de compensación económica solicitada en juicio de divorcio al entender que, si bien se cumplían los requisitos para dar lugar a la compensación, la petición reviste características de pensión alimenticia desde que se pretende por veinte años o de por vida un porcentaje de 40% de la pensión de jubilación del ex cónyuge, lo que pugna con la necesidad de que se demande por un monto determinado y único⁷⁵⁸. En igual sentido, Pizarro, con base en argumentos legales que exigen la precisión del monto de la compensación en la sentencia, sumado a un argumento de seguridad y paz social estima que debe excluirse la forma de pago de la compensación en rentas vitalicias o derechos reales perpetuos⁷⁵⁹. Conspira contra esta idea, ciertamente, la fijación de numerosas cuotas para su pago.

La idea de que la compensación no sea vitalicia se relaciona con la no extinción por la muerte del beneficiario, de tal suerte que si su monto no alcanza a ser satisfecho durante su vida, al no ser vitalicia, la diferencia no pagada no se extingue, sino que se transmite como un crédito personal a sus herederos.

⁷⁵⁶ De los artículos 63, 64, 65 y 66 de la ley N° 19.947, se infiere que el legislador ordena pagar un monto determinado. Corte Suprema, 27 de abril de 2009.

⁷⁵⁷ C. PIZARRO WILSON. *El pago de la compensación...* p. 149.

⁷⁵⁸ En autos rol N° 4.558-2008, "Girardi Arestizábal, Silvio con Morales Cubillo, Lucía". Disponible en www.microjuris.com, número identificador MJCH_MJJ20585.

⁷⁵⁹ C. PIZARRO WILSON. *El pago de la compensación...*, pp 157-158.

10. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA PEDIR Y PARA OTORGAR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Ya sabemos que, a falta de acuerdo, toca al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto, no pudiendo obrar de oficio sino únicamente a petición de parte. La causa de pedir radica en la calidad de cónyuge más débil, impedido de desarrollar una actividad remunerada o limitado en razón de lo podía o quería, por haberse dedicado el cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar durante la vida marital. En lo tocante a la oportunidad procesal para pedir la compensación económica, siempre dentro de un proceso de divorcio o nulidad de matrimonio, el derecho debe alegarse en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvencción (art. 64 inc. final LMC). Pesa sobre el titular del derecho de compensación económica una "carga" que consiste en hacer valer su derecho en la oportunidad procesal que corresponde⁷⁶⁰, mediante el ejercicio de la acción declarativa respectiva nacida del derecho personal a la compensación económica⁷⁶¹. Esta acción para reclamar el derecho está, en consecuencia, sujeta a caducidad, pues debe ejercerse en los momentos procesales fijados por la norma.

Ahora bien, si el derecho no se solicita en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria (art. 64 inc. 2° LMC). Lógicamente se entiende que el juez tiene igual obligación, aunque la norma no lo dice expresamente, cuando no hay petición de compensación en la demanda reconvenzional y cuando, en el convenio regulador que se acompaña a la solicitud de divorcio presentada

⁷⁶⁰ P. RODRÍGUEZ GREZ. *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* p. 394. Explica el autor que confluyen dos fuentes de caducidad: la consunción del plazo y el incumplimiento de una carga.

⁷⁶¹ Barrientos pone de manifiesto que no se debe confundir esta acción personal declarativa, que corresponde a un cónyuge para perseguir que se declare su derecho de compensación económica, y la correspondiente obligación correlativa del otro, con las acciones dirigidas a perseguir el cumplimiento de la compensación fijada en convención en la que se reconoció por un cónyuge su obligación de compensación económica respecto del otro o en la sentencia, en ambos casos, se trata de una acción que nace del incumplimiento de una obligación ya reconocida y respecto de la cual la LMC no ha fijado una disciplina particular, salvo en cuanto se presentare el caso en que se hubiere dado lugar a lo previsto en el artículo 66 LMC. Lo que se persigue con estas acciones es el cumplimiento forzado. J. BARRIENTOS GRANDON. *La compensación...* pp. 15-16.

por ambos cónyuges por cese efectivo de la convivencia, no se contiene este pacto⁷⁶². Como ya tuvimos oportunidad de revisar, en el Capítulo III, la compensación económica es un acuerdo libremente pactado que bien podría no incluirse en el convenio, lo que no implica necesariamente una renuncia al derecho, justamente por la obligación legal del juez del art. 64 inc. 2º LMC de informar a los cónyuges de la existencia del derecho a la compensación, durante la audiencia preparatoria, situación no excluida en la norma y porque, aunque se hubiere producido el menoscabo, no todos los cónyuges están habilitados para pactar compensación conforme al art. 63 LMC. En consecuencia, no estando presente en el convenio, y cumpliéndose por el juez con su obligación legal, siempre podrá reclamarse y determinarse su procedencia durante el juicio, con lo que además se integran situaciones no resueltas como la de los cónyuges menores de edad a quienes les está prohibido el pacto, en estos casos, será el juez a quien toque resolver sobre la procedencia de la compensación y su monto, siempre a petición de parte.

La obligación impuesta al juez por el art. 64 LMC ha sido estimada, aunque no uniformemente, como un trámite esencial dentro del juicio de divorcio, cuando no ha operado la previa petición de parte, cuya ausencia configura un vicio que autoriza a la casación formal. Se precisa también que la esencialidad del deber del juez que le impone el inc. 2º del art. 64 LMC, supone no sólo el dar el aviso o hacer la advertencia allí consagrada o impuesta, sino que efectivamente, dado que de esa es la única forma que la norma adquiere sentido, debe franquearse por el Tribunal el acceso a demandar, pedir o impetrar la compensación económica, no pudiendo constituir límite a ello el sostener que el imperativo legal cesa con el aviso⁷⁶³, por lo mismo deberá consultar a los cónyuges de inmediato sobre su interés o concederles un breve plazo para que lo manifiesten.

En la audiencia preparatoria el juez debe informar sobre la existencia del derecho y el cumplimiento de dicha obligación no tiene una finalidad

⁷⁶² Rodríguez, en cambio, plantea que si el convenio a que alude el art. 55 inc. 2º LMC no establece ni regula la compensación económica se produce también la caducidad del derecho, por cuanto, dicha omisión implica una especie de renuncia del derecho. P. RODRÍGUEZ GREZ, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* p. 395.

⁷⁶³ Corte de Apelaciones de Copiapo, sentencia de 27 de abril de 2011, en autos rol Nº 22-11, caratulados BARRERA ZAMBRA, Marco A. c/ BARRÍA TIRADO, Jeanette. Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ27299.

meramente ilustrativa sino que pretende posibilitar la protección del cónyuge más débil por medio del ejercicio de su derecho. A partir de ahí se entiende que el juez, luego de informar, puede pedir a las partes su manifestación de interés de inmediato u otorgarles un breve plazo, inmediatamente después de la audiencia de conciliación para que expresen su voluntad a este respecto, antes de que los autos sigan su curso procesal. Se trata de una obligación legal para el juez, que tiene como finalidad proteger al cónyuge más débil, incluso de su propia ignorancia y que evita que la caducidad sea consecuencia de ella. Si el juez no cumple con esta obligación legal, puede perseguirse la nulidad de la audiencia⁷⁶⁴.

Recapitulando, entonces, para evitar la caducidad, si el beneficiario es el demandante del divorcio, deberá reclamar su derecho en la demanda, en escrito complementario de la demanda luego de informada la existencia del derecho por el juez en la audiencia preparatoria. Si el beneficiario es el demandado, debe ejercitar su derecho, conforme al artículo 58 de la ley Nº 19.968 en la reconvencción que debe presentar conjuntamente con la contestación escrita a la demanda, esto es, con al menos cinco días de anticipación a la fecha de realización de la audiencia preparatoria, pudiendo en casos calificados y por resolución fundada ser autorizado para reconvenir oralmente; o puede ejercerlo luego de informada la existencia del derecho por el juez en la audiencia preparatoria incluso mediante reconvencción oral. La jurisprudencia ha sentenciado que si se estimare que caduca el derecho a la compensación económica al no ejercerse en la demanda, o en escrito complementario o al reconvenir, junto con contestar la demanda, la obligación que el inciso 2º del artículo 64 de la LMC impone al juez carecería de sentido, por ello se permite la reconvencción en audiencia, excepcionalmente, respecto de la compensación económica porque resulta ilógico que el artículo 64 ya mencionado no tenga aplicación, considerando además que no fue derogado por la ley Nº 20.286⁷⁶⁵. En consecuencia, la caducidad

⁷⁶⁴ También se plantea que no se produciría la caducidad, subsistiendo el derecho que podría ejercerse ante el mismo tribunal, debiendo dictarse la sentencia complementaria respectiva. P. RODRÍGUEZ GREZ, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* p. 396.

⁷⁶⁵ Así la jurisprudencia: *Que la omisión en que se ha incurrido de privar a la demandada de ejercer su derecho a compensación económica en la audiencia preparatoria de 13 de enero pasado, tanto porque no se le aceptó la reconvencción presentada por estimarse extemporánea cuanto porque no se le otorgó la posibilidad de reconvenir en audiencia, configuran vicios*

del derecho se produce cuando las partes no ejercitan su derecho en alguna de las oportunidades procesales señaladas incluida la ocasión posterior al cumplimiento del deber de informar que pesa sobre el juez.

En caso de conflicto entre lo preceptuado por el art. 58 de la ley N° 19.968 y el art. 64 de la LMC debe primar esta última disposición, dada la finalidad de especial protección perseguida y los principios que informan el derecho y el procedimiento de familia. Si se estima, conforme al art. 58 de la ley N° 19.968, extemporánea la acción reconvenzional intentada por el cónyuge demandado de divorcio, por la que reclama el derecho a obtener compensación económica, en razón de no haber sido deducida con la antelación que dicha norma prevé para la contestación de la demanda (al menos, cinco días antes de la audiencia preparatoria), y en razón de ello no se permite el ejercicio posterior del derecho, ello resulta contradictorio con lo que a su vez plantea el artículo 64 inc. 2° LMC, en cuanto impone al juez de la causa, la obligación de informar a las partes la existencia de dicho derecho, durante la audiencia preparatoria.

Conociendo de un recurso en autos donde se había dado aquella tramitación a la reconvección, la Corte Suprema invalidó de oficio lo obrado, retrotrayendo la causa al estado de que se realice una nueva audiencia preparatoria, a fin de que se brinde a la demandada la posibilidad de ejercer su derecho a reclamar compensación económica y se proceda a conocer en su caso, de dicha acción, conjuntamente con la de divorcio intentada⁷⁶⁶. La Corte atiende, para la resolución del conflicto, en primer lugar, a los principios que informan el derecho y el procedimiento de Familia y, en este sentido, considera especialmente lo dispuesto por el artículo 9° de la ley N° 19.968, que hace aplicables en la especie la oralidad, concentración, desformalización, inmediatez, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas. También precisa que si el legislador ha establecido expresa-

Continuación nota ⁷⁶⁵

que hacen procedente la casación formal del fallo de primer grado, ya que se ha omitido un trámite esencial en materia de divorcio. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 10 de noviembre de 2010, en autos rol N° 295-10, caratulados "Ulloa c/ Jaure Santibáñez, Sergio H.". Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ25588.

⁷⁶⁶ Corte Suprema, sentencia de 23 de mayo de 2011, en autos rol N° 1.413-11, caratulados "Durán Espinoza, Iván c/ Miranda Bustos, Alejandra E.". Disponible en www.microjuris.com, cita: MJCH_MJJ27494.

mente la obligación del juez del grado de informar a la demandada sobre la existencia del derecho a compensación económica, permitiéndole incluso la posibilidad de hacerlo a través de reconvección oral, —en la audiencia preparatoria— no puede desconocerse la especial preocupación e interés de la ley de brindar la debida protección procesal a aquella parte más débil de la relación matrimonial (considerando sexto). Concluye que la correcta aplicación e interpretación de las normas citadas, *impone conciliar aquella finalidad de especial protección, que permite hacer efectivo el derecho a impetrar o reclamar la compensación económica por sobre aquella otra que, haciendo extensivas exigencias previstas en normas procesales generales, no lo permite* (considerando séptimo). Así las cosas, la decisión de no permitir la materialización del derecho a reclamar compensación económica, no obstante haber manifestado la demandada su intención de hacerlo, al ser informada en este sentido por el tribunal, desconoce el legítimo derecho de la parte de ejercer una acción y a que ésta sea conocida y resuelta por el tribunal previsto por el ordenamiento jurídico, todo lo cual afecta el debido curso del proceso (considerando noveno)⁷⁶⁷.

Ejercido el derecho en alguna de las oportunidades procesales señaladas, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad (art. 64 inc. final LMC). No hay otras oportunidades procesales para un pronunciamiento del tribunal al respecto, el juez no puede dar lugar al divorcio y dejar pendiente el pronunciamiento sobre la compensación económica solicitada. El juez también, en la sentencia, deberá dejar constancia del hecho de no dar lugar a la compensación, decisión que deberá fundar en la inexistencia del menoscabo específico y jurídicamente relevante, derivado de la red de condicionantes analizadas, complementado con las circunstancias del art. 62 LMC.

11. INFLUENCIA DE LA CULPABILIDAD EN LA COMPENSACIÓN

Teniendo claro que la compensación no opera como una indemnización por culpa, porque sus presupuestos constitutivos tienen que ver con circuns-

⁷⁶⁷ Un razonamiento semejante en base a iguales principios podría darse en caso de que el convenio regulador no se pronuncie sobre la compensación, pues, insistimos, la sola omisión de este extremo no implica renuncia del derecho.

tancias propias de la vida conyugal y la distribución de tareas vigente la convivencia matrimonial, el asunto que interesa ahora es la posible influencia de dicha culpabilidad en la determinación de la compensación⁷⁶⁸.

En el sistema causal chileno, y considerando el divorcio por culpa, no resulta peregrino el reconocimiento de una eventual influencia directa de aquélla en la compensación, tanto en lo referido al reconocimiento del derecho como a su montaje. Las opciones eran una regulación legal directa y genérica u otorgar al juez alguna facultad al respecto. La nueva Ley de Matrimonio Civil prefirió esto último⁷⁶⁹: *Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto* (inciso 2° del art. 62). El juez se encuentra facultado para decidir—previa ponderación de las circunstancias que originaron la ruptura y valoración de la conducta de los cónyuges— la denegación de la compensación o, a lo menos, la rebaja en su monto, aun cuando en los hechos se hubiere probado el menoscabo y las demás exigencias causales⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ Hay doctrina que señala que se denota de la regulación nacional una concepción de la compensación económica como la sanción pecuniaria ligada al divorcio. S. TURNER SAEZLER. *Las prestaciones...* p. 100.

⁷⁶⁹ Esta opción legislativa, por entregar facultades al juez y no considerar legalmente, como norma general, la improcedencia de la compensación respecto del cónyuge que dio lugar al divorcio por causa imputable, ha sido criticada al considerarla una clara excepción al principio civil que impide aprovecharse del propio dolo. J. GALVÁN BERNABEU. “El nuevo sistema matrimonial de la ley N° 19.947”. En A. VIDAL OLIVARES (COORD.) *El nuevo derecho chileno...* p. 18.

⁷⁷⁰ En el ordenamiento español, conforme a las normas reguladoras de la institución, la culpabilidad o inocencia es irrelevante a los efectos de la procedencia de la compensación, se atiende al criterio objetivo del desequilibrio económico y no a la culpabilidad o inocencia, pudiendo el cónyuge que dio origen al divorcio por su conducta tener derecho a ella si ha empeorado su situación respecto de la que tenía vigente el matrimonio (M. CLEMENTE MEORO, en E. ROCA TRIAS (COORD.). *Derecho...* p. 167). Esta irrelevancia del factor culpabilidad, ha sido cuestionada por la doctrina, principalmente por cuanto una absoluta no valoración de las circunstancias puede generar o amparar conductas abusivas. Dos órdenes de argumentos se han esgrimido a fin de posibilitar la moderación de la norma (C. LASARTE. *Principios...* p. 158-159 y antes en M. CLEMENTE MEORO, en E. ROCA TRIAS (COORD.). *Derecho de...* p. 170), por un lado, se apela a la interpretación de un modo más humano que abra la puerta a introducir consideraciones de decencia y honestidad en las que está de acuerdo la gran mayoría de la gente; por otro, en base a un análisis axiológico de *lege ferenda*, que pone en evidencia cierta antinomia con normas del sistema familiar que suprimen derechos en atención a la conducta de uno de los cónyuges, se llega a la misma conclusión, considerándose excesivo el reconocimiento del derecho a la compensación al cónyuge que con su sola conducta es

No se trata solamente de que uno de los cónyuges en los hechos haya ocasionado con su conducta el divorcio, es indispensable que la sentencia se haya dictado conforme al art. 54 LMC. No se priva tajantemente del derecho a la compensación a quien haya dado lugar a la causal de divorcio por su culpa. Los términos permisivos de la norma suponen que, a la petición de parte en tal sentido, sigue una actividad valorativa y discrecional del juez, que pondera la gravedad de la causal invocada que amerita el divorcio y las otras circunstancias concomitantes que se refieren a la compensación, esto es, tanto las configurativas del artículo 61 LMC, como las complementarias de la existencia del menoscabo del artículo 62 LMC⁷⁷¹; siendo llamado el

Continuación nota ⁷⁷⁰

responsable de la ruptura conyugal, pudiendo darse la paradoja de que el cónyuge culpable pudiera no tener derecho a alimentos, ser indigno de suceder, haber perdido sus derechos legítimos y, sin embargo, tener derecho a la compensación por divorcio. Estas posturas podrían tener cierta cabida, claro está no ya en la determinación del derecho a compensación, pero sí a lo menos en la fijación de su importe, en tanto se permite al juez, tener en consideración para dichos efectos, además de las circunstancias expresamente enunciadas a título ejemplar en la norma, “*cualquier otra circunstancia relevante*” (97.2 Cc español). En este sentido se inscriben Lacruz-Rams, para quienes el carácter de lista abierta del precepto permite tener en cuenta una multitud de circunstancias dentro de las cuales cabe considerar la eventual calificación de la conducta de los esposos en orden a la separación o el divorcio (J.L. LACRUZ-J. RAMS. *Elementos...* p. 106).

⁷⁷¹ En Sentencia de 12 de marzo de 2007, la Corte Suprema rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica que a su vez, confirmó la del Tribunal de Familia que había declarado el divorcio por trasgresión reiterada del numeral 2 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, rechazando al mismo tiempo la demanda reconvenzional por compensación económica deducida por la mujer. La Corte de Apelaciones, señaló en el considerando noveno del fallo de apelación confirmado, que la demandante reconvenzional dio lugar a la causal invocada por su cónyuge para la declaración de divorcio que solicita, por cuanto, quedó acreditado la existencia de una relación extramarital, lo que tornó intolerable la vida en común, más teniendo a la vista que se destruyó un matrimonio de larga duración. Por lo anterior, se desechó también la acción reconvenzional de compensación económica entablada. En la casación, la Corte estimó que no se conculcó el artículo 62 de la ley, pues el juez que decretó el divorcio, hizo uso de la facultad conferida por la ley (autos *Daniel Ramón Alarcón San Martín con María Edulía Ahumada Espíndola*, rol N° 5.048-2006. Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 36130). En enero de 2009, en una resolución de modesta motivación, nuevamente la Corte Suprema confirma el fallo de apelación que declaró la disolución del matrimonio por divorcio conforme al artículo 54 de la ley y, al mismo tiempo, confirma la desestimación de la compensación económica (autos “Héctor Francisco Varela Pinto con Ana María Gallardo Vega”, rol N° 7.843-2008. Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 41496). Más recientemente, el Tribunal de Familia de Santa Cruz, en fallo confirmado de fecha 6 de septiembre de 2010, en uso de la facultad que le concede el art. 62 LMC, niega lugar a la compensación económica solicitada, pero considerando especialmente la gravedad de la causal de divorcio demostrada, que a juicio del Tribunal hace improcedente otorgar la compen-

juez en esta ponderación a evitar la producción de abusos. Corral afirma, en honor a los términos de redacción de la norma que utiliza la expresión verbal “podrá”, que se trata de una facultad optativa para el juez, excluyendo, en consecuencia, que el juez tenga la facultad de conceder al culpable la totalidad de la compensación que en teoría proceda, en otros términos: o deniega totalmente el beneficio o disminuye prudencialmente su monto⁷⁷².

Veloso pone de manifiesto que en la práctica el art. 62 inc. 2º solo afectará, por regla general, a la mujer. Dado que normalmente el deudor de la compensación será el marido, únicamente a él le interesará, a efectos de aplicar la sanción y ver, al menos, disminuido el monto de su deuda por compensación económica, que se declare el divorcio por culpa de su cónyuge⁷⁷³. Así, lo normal será observar como el marido, potencial deudor, demanda el divorcio por culpa de su mujer, y la mujer, en cambio, se interesa más por demandar el divorcio por cese de la convivencia al ser más fácil su prueba, aun cuando el marido hubiere cometido falta imputable que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Dentro de las circunstancias que deben considerarse para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, como hemos visto, el artículo 62 inciso 1º LMC hace referencia a *la buena o mala fe*. Sobre su vinculación con la compensación por divorcio, la interpretación doctrinal se encuentra dividida: teniendo como base al análisis de la historia fidedigna del establecimiento de la norma un sector doctrinal sostiene

Continuación nota ⁷⁷¹

sación solicitada. Además, y a mayor abundamiento, el Tribunal hace presente que, conforme a las pruebas del proceso (informes socioeconómicos, copias de inscripción de propiedad, el oficio de vehículos motorizados del Registro Civil, la testimonial rendida y la propia confesional de la demandada) se concluye que la situación económica de la demandante reconventional varió con el matrimonio, pero en su favor, es decir, la cónyuge salió en una mejor situación económica tras el matrimonio, y no la perjudicó ni en su trabajo —pues continuó trabajando durante la vigencia de la relación marital—, ni tampoco en sus posibilidades de desarrollarse económicamente, pues actualmente se desempeña en el mismo trabajo que tenía antes del matrimonio. Disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador: 48568.

⁷⁷² H. CORRAL TALCIANI. *La compensación...* p. 34.

⁷⁷³ P. VELOSO VALENZUELA. *Algunas reflexiones...* p. 181.

que se aplica a la situación de aquel cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio y después reclama compensación⁷⁷⁴. Sin embargo, en mérito del inciso segundo de la norma ya visto, que tiene expresa aplicación al divorcio por culpa estableciendo la facultad judicial analizada, se indica que dicha circunstancia alude a la buena o mala fe a efectos del matrimonio nulo⁷⁷⁵; el factor de la buena o mala fe se introdujo al advertirse que la compensación procedería también en caso de nulidad matrimonial por la inconsecuencia que generaría autorizar que el cónyuge que contrae matrimonio de mala fe pueda beneficiarse con una compensación derivada de la disolución que el podía prever y esperar⁷⁷⁶.

Esta última interpretación genera mayor utilidad práctica a los efectos de una valoración judicial de la conducta de los ex cónyuges, pues permite ampliar el ámbito de aplicación del elemento subjetivo que se encontraría entonces presente, a efectos de su valoración vinculada con la compensación económica, tanto en la nulidad del matrimonio (art. 62 inc. primero LMC) como en el divorcio culposo (art. 62 inc. 2º LMC)⁷⁷⁷; sin embargo, deja fuera situaciones donde parece igualmente relevante la posibilidad de apreciación judicial de las circunstancias, como es el caso del divorcio por cese de la convivencia del artículo 55 de la ley.

En nuestra opinión, una interpretación que efectivamente considere en forma igualitaria la valoración de una eventual culpabilidad de los cónyuges a efectos del divorcio y de la nulidad, abarcando todas las situaciones posibles, debería considerar que *la buena o mala fe* de que habla el inciso primero del artículo 62 LMC es aplicable a la compensación económica en los casos de nulidad matrimonial por cierto y sin duda, y a los casos de divorcio por cese de la convivencia del art. 55 LMC. Para el divorcio culposo se cuenta con la facultad judicial especial del inciso segundo del mismo artículo.

⁷⁷⁴ J. BARRIENTOS-A. NOVALES. *Nuevo Derecho...* p. 426. Citando las palabras del Senador Chadwick en la discusión en la Sala del Senado, el autor observa que claramente la circunstancia se aplica al que da lugar al divorcio por su culpa de conformidad con las causales contempladas en la ley y que, además, quiere exigir compensación.

⁷⁷⁵ S. TURNER SAELZER. *Las circunstancias...* p. 498.

⁷⁷⁶ H. CORRAL TALCIANI. *La compensación...* p. 33.

⁷⁷⁷ En este sentido: S. TURNER SAELZER. *Las circunstancias...* p. 499.

12. RENUNCIA, SUSTITUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

De estas tres cuestiones, los problemas más interesantes se plantean en torno a la validez de la renuncia de la compensación por divorcio, por tanto, conviene despegar, a su respecto, algunos asuntos meramente accesorios.

Dos cuestiones resultan evidentes y, por tanto, no controvertidas, por un lado, la posibilidad de condonación de la compensación decretada en sentencia firme, al tratarse de un derecho personal de crédito que mira en interés del acreedor renunciante y no estar prohibida su renuncia; por otro lado, la renuncia tácita del derecho a la compensación, esto es, aquella que se produce cuando el eventual beneficiario no acciona para obtener en la sentencia una declaración en su favor: se produce, entonces, la preclusión procesal de su derecho. Lo anterior radica en que, al tratarse de asuntos patrimoniales entre cónyuges, el juez está llamado a obrar conforme al principio dispositivo y rogatorio que rige la materia, no pudiendo inmiscuirse sin que haya petición de parte⁷⁷⁸, con la salvedad de su obligación de anunciar la posibilidad de reclamarla. El derecho a pensión, como bien señalan Lacruz-Rams, no es de carácter necesario, sino facultativo y su concesión sólo tiene lugar a instancia del cónyuge, que reuniendo las circunstancias que señala la ley, lo demanda judicialmente⁷⁷⁹.

La solicitud de compensación económica podría contenerse en la demanda de divorcio, en escrito complementario de la demanda o en la reconvencción (art. 64 inc. 3° LMC) y complementariamente con lo anterior, el legislador chileno, para evitar que el desconocimiento de la existencia del derecho genere una situación de renuncia tácita, que podría resultar contraria a la protección del interés del cónyuge más débil, obliga al juez, cuando no se ha solicitado compensación económica en la demanda de divorcio, a informar a los cónyuges de la existencia del derecho, durante la audiencia preparatoria (art. 64 LMC). Pero lo anterior no significa excepcionar el principio dispositivo y rogatorio, pues si bajo dicha información los cónyuges no manifiestan su intención de demandar en tal sentido, el juez no puede obrar de oficio.

⁷⁷⁸ M. DE LA CÁMARA. *El Sistema...* p. 222.

⁷⁷⁹ J.L. LACRUZ-J. RAMS. *Elementos...* p. 105.

Respecto de la renuncia expresa, se pueden presentar dos situaciones: la renuncia efectuada luego de sobrevenida la crisis matrimonial, absolutamente válida⁷⁸⁰, en cuyo caso servirán de instrumentos de concreción tanto el convenio regulador como un pacto extrajudicial o los acuerdos a que arriben las partes durante el proceso. Se trata de una renuncia que deberá ser aprobada por el juez, salvo que constituya un acuerdo insuficiente en los términos del art. 55 inc. 2° de la LMC, al no procurar aminorar el menoscabo económico que causó la ruptura y establecer relaciones inequitativas hacia el futuro entre los cónyuges.

Una segunda situación es la renuncia anticipada, esto es, vigente el matrimonio, antes de la crisis conyugal, renuncia que podría constar incluso en las capitulaciones matrimoniales. En relación con esta posibilidad, conviene tratar dos cuestiones en forma separada, la de su validez, y en caso afirmativo la de su intangibilidad.

Sobre su validez, nuestra doctrina se encuentra dividida entre los que siguen la posición de la doctrina extranjera sobre la validez de la renuncia, particularmente española, conforme a la cual, se registra un papel de creciente importancia de la voluntad de los cónyuges para regular aspectos matrimoniales y extramatrimoniales⁷⁸¹, a lo que se suma que la determinación que el juez hace de la compensación lo es desde un punto de vista cuantitativo, pero el derecho a la misma tiene naturaleza dispositiva⁷⁸², siendo el principal fundamento, en nuestro medio, el art. 12 del Cc; en

⁷⁸⁰ La renunciabilidad de la compensación es un rasgo que ha permitido su nítida diferenciación con la obligación de alimentos. En efecto, en sentencia de 10 de octubre de 2008, el Tribunal Supremo español sostuvo, en el considerando tercero, que la finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges (...) se trata de un derecho que puede ser renunciado por quien sería su beneficiario. En cambio, el derecho de alimentos constituye una protección de las necesidades vitales de una persona, que no puede ser renunciada previamente. Recurso N° 1923/2002. Disponible en www.poderjudicial.es, Id. Cendoj: 28079110012008101034.

⁷⁸¹ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Curso de Derecho...* p. 188.

De otra parte, se habla también de coherencia con un sistema que reconoce escasa eficacia vinculante al matrimonio civil. M. MARÍN LÓPEZ en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.) *Comentarios...* p. 227. F. FORCADA MIRANDA. *Novedades...* p. 105. J.L. LACRUZ-J. RAMS. *Elementos...* p. 105. M. DE LA CÁMARA. *El Sistema...* p. 222.

⁷⁸² L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema...* p. 126. Al no tratarse de cuestiones de orden público, no toca al poder judicial intervenir coactivamente en esta materia.

efecto, afirma Pizarro que dicha renuncia no aparece prohibida en las reglas atingentes a las capitulaciones matrimoniales, no lesiona las buenas costumbres y las leyes, es una expectativa que solo mira al interés del renunciante; sin perjuicio de lo cual, debe regirse por las reglas generales aplicables al contrato, rigiendo a su respecto el principio de la buena fe y las normas sobre vicios del consentimiento⁷⁸³.

Aquellos que sostienen la invalidez de la renuncia anticipada se fundan en diversos argumentos, se habla de un derecho personalísimo del cónyuge beneficiario sobre el cual no proceden actos de disposición; sin embargo, esta argumentación es discutible, por cuanto, en estricto rigor, el derecho personalísimo en cuestión nace en virtud de la sentencia firme que concede la compensación y no antes⁷⁸⁴. Se funda también, la no admisión de la renuncia anticipada en el carácter de orden público de las normas que integran el estatuto matrimonial, que prohíbe las renunciaciones no expresamente autorizadas por ley, como sería en este caso y en la infracción al inc. 2º del art. 1717 del Cc que significaría renunciar anticipadamente al derecho a reclamar la compensación por lesionar un derecho que la ley concede a uno de los cónyuges respecto del otro⁷⁸⁵. Vidal, suma a los anteriores dos fundamentos nuevos y estima no admisible la renuncia anticipada en base a los siguientes cuatro argumentos, a saber: la naturaleza familiar del derecho a la compensación económica y su obligación correlativa; la naturaleza de orden público y, por tanto, indisponible, del interés protegido por la compensación económica que es el interés del cónyuge más débil⁷⁸⁶; el límite que señala el art. 1717 del Cc a los pactos que pueden ser objeto de capitulaciones matrimoniales que impediría afectar válidamente el derecho a la compensación y, finalmente, la necesaria aprobación judicial de los acuerdos relativos a la compensación conforme al art. 63 LMC⁷⁸⁷. Compartimos estos argumentos, por tanto, estimamos no renunciante anticipadamente la compensación.

⁷⁸³ C. PIZARRO WILSON. *La compensación...* pp. 30-31.

⁷⁸⁴ H. CORRAL TALCIANI. *La Compensación...* p. 36, quien además expone brevemente la doctrina contraria.

⁷⁸⁵ P. RODRÍGUEZ GREZ. *Ley de Matrimonio Civil: interpretación...* p. 402.

⁷⁸⁶ Introduce aquí un matiz entre las normas reguladoras y el interés protegido.

⁷⁸⁷ A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 68. Subraya el autor la necesidad de distinguir entre el interés protegido que justifica la institución que es de orden público, del derecho

En cuanto a la intangibilidad de la renuncia anticipada, por las mismas razones de coherencia normativa, si aquella fuera admisible, estimamos que dichos pactos o renunciaciones siempre pueden ser objeto de revisión al tiempo del divorcio, ya sea por las mismas partes o por el juez. Ciertamente las partes, en virtud de su autonomía, podrán modificar por nuevo convenio uno anterior cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El juez llamado aprobar los acuerdos a que lleguen los cónyuges para regular las consecuencias del divorcio, teniendo en especial consideración que puedan resultar gravemente perjudiciales para uno de ellos, en tanto resultan insuficientes al no resarcir el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establecer relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita (art. 55 inc. 2º LMC) podrá no aprobarlos⁷⁸⁸; por otro lado, conforme a una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en vista al tiempo del acuerdo, el rol protector del juez, respecto del cónyuge más débil conforme al art. 3º de la ley lo obligaría a actuar cuando resulte evidente la producción de un efecto manifiestamente indeseado, así, aun cuando existiere dicha renuncia anticipada, si se solicita y se prueba en juicio el menoscabo, el juez debería dar lugar a la compensación.

En nuestra legislación no se contemplan circunstancias que ameriten la sustitución o modificación de la pensión o su monto una vez fijados⁷⁸⁹. El monto determinado es invariable en el tiempo, cualesquiera sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados posteriores a la

Continuación nota ⁷⁸⁷

que nace cuando concurre el supuesto típico, que es de orden privado y, consecuentemente, disponible y renunciante.

⁷⁸⁸ La necesidad de aprobación judicial se funda en la circunstancia de constituir tales pactos, acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias del divorcio. En este sentido, Martínez de Aguirre estima que los acuerdos preventivos, esto es, suscritos antes que surja la crisis o incluso antes de que se celebre el matrimonio, deben quedar sujetos al régimen establecido en el 90.2 Cc es, precisando en consecuencia aprobación judicial, la que se otorgará si no resultan gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Curso de Derecho...* p. 177.

⁷⁸⁹ El artículo 100 del Cc español establece, de modo excepcional, que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia, sólo podrá ser modificada por alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge. No se aplica la regla general de dicho ordenamiento en relación con la modificación de los efectos por alteración sustancial de las circunstancias, salvo que se trate de la fortuna.

sentencia que la regula⁷⁹⁰. La doctrina señala que no hay reducción posible a petición del deudor, aun cuando esta se funde en variaciones económicas o en el nuevo matrimonio del ex cónyuge acreedor o convivencia con otra persona⁷⁹¹. Con todo, creemos perfectamente posible que las partes de la relación jurídica –ex cónyuge deudor y ex cónyuge acreedor de la compensación– convengan en sustituir la modalidad de satisfacción del crédito o condonarla una vez determinada, por las razones que estimen, no siendo necesario para ello más formalidad que su consentimiento.

13. TRANSMISIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Un problema jurídico se ha presentado en relación con la determinación de si es o no transmisible a los herederos la compensación económica en el evento de fallecer la persona en cuyo favor se había establecido el beneficio y si el cobro de lo adeudado por dicho concepto puede hacerse exigible al deudor.

Conforme al ordenamiento sucesorio, los herederos suceden al causante en todas las obligaciones y derechos transmisibles y, al respecto, cabe señalar también, que la regla general en materia de transmisibilidad hereditaria es que los derechos y obligaciones sean transmisibles, salvo aquellos cuyo ejercicio es exclusivamente personal o que dependen de la vida de una persona y aquéllos cuya transmisión está prohibida por la ley. En este sentido, se reconoce, entonces, como principio el de la transmisibilidad general. Así las cosas, fijada la compensación económica por sentencia judicial o por acuerdo de las partes aprobado por el juez, nace el derecho personal o de crédito para el cónyuge más débil⁷⁹². Este derecho personal, de orden patrimonial ingresa a su patrimonio y, en consecuencia, puede ser transmitido por causa de muerte y por esta razón pasa a los herederos, conforme a las reglas generales de transmisibilidad de las obligaciones.

La ley no ha asignado a este derecho el carácter de intrasmisible que impida, en definitiva, su transmisión a los herederos de la persona en cuyo

⁷⁹⁰ Corte Suprema, en este sentido en forma constante, sentencias de: 27 de abril de 2009; 1 de junio de 2009; 29 de julio de 2009.

⁷⁹¹ J. BARRIENTOS-A. NOVALES. *Nuevo Derecho...* p. 423.

⁷⁹² C. CÉSPEDES-D. VARGAS. *Acerca de...* p. 457.

favor se fijó y a cuyo patrimonio se incorporó por efectos de su reconocimiento o establecimiento en la referida sentencia. Tampoco la naturaleza de dicho instituto permite concluir que éste se encuentre en una situación de excepción frente a la regla general de la transmisibilidad de las obligaciones, ni que el derecho a impetrar su pago no pueda ser asumido por los representantes del causante beneficiario⁷⁹³. Todo lo anterior supone que la compensación establecida no ha sido satisfecha por el cónyuge deudor.

Antes de que el derecho a la compensación económica sea determinado por acuerdo aprobado judicialmente o por el juez en la sentencia firme, no procede su transmisión, pues en realidad no hay derecho patrimonial incorporado al patrimonio del causante, de tal suerte que si antes de la sentencia fallece el cónyuge, eventual beneficiario, nada transmite a sus herederos por este concepto, aun cuando se hubieran configurado a su respecto los presupuestos legales que lo habrían hecho procedente. Firme la sentencia el derecho puede ser transmitido, en consecuencia, lo que se transmite es el derecho al cobro de la compensación económica determinada.

En relación con la transmisión de la deuda de compensación en la sucesión del ex cónyuge deudor, también se trata de una obligación transmisible a los herederos, sin perjuicio de su derecho a aceptar con beneficio de inventario⁷⁹⁴. La no extinción automática de la compensación por muerte del deudor aparece justificada al entenderse como una carga del patrimonio de éste. Dentro de los herederos del cónyuge deudor se pueden encontrar los propios hijos del acreedor de la compensación, nuevos hijos matrimoniales o no del cónyuge deudor e incluso el nuevo cónyuge del deudor fallecido, lo que obviamente generará interrelaciones de complejidad, que nuevamente

⁷⁹³ En este sentido la Corte Suprema ilustra además sobre un argumento de historia fidedigna: *Que por otro lado, si bien la historia fidedigna de la ley da cuenta de la intención de rechazar el carácter transmisible de la compensación económica, cuestión que, en definitiva, no se explicita en el texto legal definitivo, los antecedentes legislativos, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento no son claros en la materia, dando cuenta por lo demás sólo de la intrasmisibilidad a los herederos del deudor, pero no a los del cónyuge acreedor.* Corte Suprema, sentencia de 28 de diciembre de 2010, rol N° 6.602-10, caratulados “Barrientos Bahamondes, Marcelo c/ Barrientos Sepúlveda, Juan”. Disponible en www.micro-juris.com, cita: MJCH_MJJ25810.

⁷⁹⁴ H. CORRAL TALCIANI. *La Compensación...* p. 36; C. PIZARRO WILSON. *La compensación...* p. 29. A. VIDAL OLIVARES. *La compensación...* p. 72.

hacen recomendable que la compensación sea satisfecha de una sola vez o dividirla en un mínimo de cuotas.

14. EXTINCIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Necesario es distinguir entre la extinción del derecho a demandar la compensación y la extinción de la compensación ya determinada. Hemos visto que el primero se extingue por caducidad cuando no se ejerce en las oportunidades procesales pertinentes; también se extingue cuando fallece el cónyuge beneficiario antes de la sentencia firme de divorcio; cuando se desiste de la acción intentada en la demanda o en la reconvencción, y cuando el tribunal rechaza su pretensión destinada a obtener compensación.

Por su parte, la extinción de la compensación determinada, lo haya sido por las partes o por el juez, podría producirse, en términos generales, por tres tipos diversos de motivos, a saber:

– Causas generales como la remisión de la deuda por el acreedor, dado su carácter personal y disponible;

– Causas derivadas de su naturaleza, como el pago o la entrega de la cosa en que consista, incluso se sugiere la aplicación de la regla general de prescripción de cinco años prevista en el Cc para el caso de la compensación ya determinada⁷⁹⁵.

– Causas legales que el legislador estime a bien regular, como ocurre en el Código Civil español⁷⁹⁶.

⁷⁹⁵ C. PIZARRO WILSON. *La compensación...* p. 31.

⁷⁹⁶ Al efecto, el artículo 101 del Cc es. establece: *El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.* El cese de la causa que la motivó se entiende referida a la desaparición del desequilibrio económico; el nuevo matrimonio implica el nacimiento de un nuevo deber de socorro entre los nuevos cónyuges; vivir maritalmente con otra persona supone una nueva comunidad de vida que puede hacer desaparecer el empeoramiento económico, en tanto se trata de relaciones no ocasionales o esporádicas sino con apariencia de matrimonio. Respecto de la muerte del deudor, el inciso segundo de la norma establece que el derecho a la pensión no se

Nuestro legislador, lo mismo que respecto de la renuncia, sustitución y modificación de la compensación, no se pronuncia respecto de causas especiales de extinción de la compensación. La regla general será la extinción por las mismas causales generales indicadas; conforme a su naturaleza, la compensación se extingue por el pago único o de todas las cuotas en que se hubiere fraccionado o por la entrega de las acciones u otros bienes en que consistan. En cuanto a los derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes que sean de propiedad del deudor, la extinción se producirá cuando se agote, en el disfrute de tales derechos, el importe de la compensación determinada en la sentencia⁷⁹⁷. No afecta a la compensación determinada el nacimiento de nuevos hijos del deudor o la formación de una nueva familiar, matrimonial o no por éste.

Continuación nota ⁷⁹⁶

extingue por ese solo hecho, no obstante, los herederos del deudor pueden solicitar al juez la reducción o supresión si el caudal de ella si el caudal hereditario no puede satisfacer la deuda o afecta sus derechos en la legítima.

⁷⁹⁷ En este sentido, Orrego estima que la vigencia de estos derechos, debe guardar proporción con el monto de la compensación económica determinada, así si se hubiere fijado por concepto de compensación la suma de \$5.000.000 y se dispone un usufructo sobre un inmueble de propiedad del cónyuge deudor por el cual podría pagarse una renta mensual de \$250.000, lo razonable sería establecer que tal usufructo se prolongará por veinte meses. J. ORREGO ACUÑA. *Temas de...* pp. 245-246.