

# LA COMPENSACIÓN POR MENOSCABO ECONÓMICO EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Álvaro Vidal Olivares

## I. INTRODUCCIÓN

La compensación económica se suma a los ya existentes denominados efectos patrimoniales del matrimonio que, a diferencia de éstos, presupone la terminación del matrimonio y la concurrencia de los elementos de su supuesto típico del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil.<sup>1</sup> Es la ley la que obliga a uno de los cónyuges a compensar al otro cuando del divorcio o de la nulidad matrimonial se sigue para este último un menoscabo económico.

El mencionado artículo 61, norma con la que principia el § 1: *De la compensación económica* del capítulo VII de la ley: *De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio*,<sup>2</sup> dispone: "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 me-

<sup>1</sup> En adelante Ley de Matrimonio Civil

<sup>2</sup> El título del Capítulo VII no es preciso en relación al párrafo primero, porque la compensación económica procede sólo en caso de divorcio o nulidad, no así en los supuestos de separación judicial. Quizás la rúbrica del Título fue imprecisa, como acertadamente lo comentan Barrientos y Novales, porque se siguió el modelo del derecho español, en particular, del Capítulo IX del Libro Primero del Código Civil que se denomina "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio" y en él, los artículos 97 a 101 regulan "la pensión compensatoria", que, a diferencia del derecho matrimonial chileno procede en caso de separación y divorcio, sumándose la indemnización de daños a favor del cónyuge de buena fe en caso de nulidad matrimonial [artículo 98 Código Civil español]. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno. Ley N° 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad* (Santiago, 2004), p. 402.



nor 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".

En este precepto encuentra su más potente manifestación el principio de la protección del interés del cónyuge más débil consagrado por el artículo 3° de la ley,<sup>3</sup> y que para estos efectos es el que por dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común no pudo desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería.

En este nuevo régimen legal, a diferencia de otros ordenamientos de derecho comparado,<sup>4</sup> la compensación económica consiste en una suma de dinero o prestación única que puede pagarse en

<sup>3</sup> Así se recoge en: LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia* (Santiago, 2005), I, p. 291. El autor, refiriéndose al fundamento de la compensación económica, expresa: "Es una consagración del mandato explícito del artículo 3°, en orden a que las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil". Por su parte, Carlos Pizarro Wilson afirma: "Considerando la situación precaria en que puede quedar alguno de los cónyuges al término del matrimonio, en particular la mujer que se ha consagrado a la familia y a la crianza de los hijos, el legislador se ha preocupado de mantener un cierto equilibrio económico una vez dictada la sentencia de divorcio o de nulidad matrimonial. Esta preocupación del legislador por el cónyuge más débil es recogida en la nueva legislación matrimonial. En diversos preceptos se alude a la protección del cónyuge débil (artículos 30, 27, inciso final y 54 inciso segundo, Ley de Matrimonio Civil). Este principio se establece en el artículo 3° inciso 1° [...]". PIZARRO WILSON, Carlos, *La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, en *RCHDP* 3 (2004), pp. 84-85. En la doctrina española, la profesora Encarna Roca Trías afirma que la institución de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil español persigue tutelar al cónyuge más débil. ROCA TRÍAS, Encarna, en AMORÓS GUARDIALA, Manuel (a cura di), *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (Madrid, 1984) I, p. 619. En el mismo sentido: CLEMENTE MEORO, M., en LÓPEZ, A. M. (ed.), *Derecho de familia* (Valencia, 1997)<sup>3</sup>, p. 175.

<sup>4</sup> En el Código Civil español, el artículo 97 reconoce al divorciado y al separado que a consecuencia del desequilibrio económico causado por la ruptura ve empeorada su situación en comparación con la anterior durante el matrimonio, el derecho a una pensión periódica compensatoria pagadera en el tiempo. Lo mismo ocurre en el Código Civil italiano, cuyo artículo 155 impone a uno de los cónyuges la obligación de proporcionar al otro una asignación en proporción a sus bienes o rentas propias, que se denomina "*assegno per divorzio*". Igualmente, en BGB alemán, su § 1569 impone, en caso de divorcio, a uno de los cónyuges la obligación de dar alimentos al otro que no pueda por sí mismo subvenir a sus necesidades. En el derecho civil alemán, complementariamente al derecho de alimentos el § 1587 prevé la denominada compensación de los derechos de pensión.



cuotas o bajo otra modalidad que la propia ley designa.<sup>5</sup> De esta forma, nuestro legislador busca poner fin de una sola vez al problema de los efectos patrimoniales del divorcio, evitando perpetuar en el tiempo la discusión y conflictos entre los ex cónyuges. La Ley de Matrimonio Civil recoge la doctrina del *clean break*, conforme a la cual las prestaciones económicas entre los divorciados no garantizan una posición económica hacia el futuro, sino que ofrecen al cónyuge más débil —que sufre el menoscabo económico— una base cierta para afrontar de manera autónoma y digna la vida definitivamente separada.

La exégesis de las normas del § 1: *De la compensación económica*, del capítulo 7° de la Ley de Matrimonio Civil, resulta una tarea no exenta de complicaciones y deberá pasar un tiempo hasta que la doctrina y, lo más importante, la jurisprudencia, aúnen criterios. Las primeras lecturas con base en la historia del establecimiento de la ley y los modelos del derecho comparado no pueden conducir sino a una primera aproximación sobre una materia de tanta importancia como la que es objeto de este trabajo. Se trata de una institución nueva que no cuenta con precedente alguno en nuestra legislación y, además, si bien la ley sigue el modelo de otros ordenamientos jurídicos, lo hace de manera parcial, sin llegar a adoptarlo completamente.<sup>6</sup> Se debe ser sumamente cauteloso y prudente en la interpretación que se haga del régimen legal de la compensación económica y en su calificación jurídica, procurando su construcción a partir de los preceptos que lo componen y evitando tomar elementos de otras instituciones preexistentes.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> En el Código Civil francés, el artículo 273 dispone textualmente: "*La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado*". Y en la doctrina francesa se afirma que el pago de una vez de la prestación compensatoria es la modalidad deseable, ya que "*tiene la ventaja de resolver el problema de una vez por todas*". GROSLIÈRE, *La réforme du divorce* (Paris, 1976), p. 151. No obstante, al igual que en el derecho chileno, el *Code Civil* admite el pago en cuotas o a través de la constitución de un derecho real (véanse los artículos 275 y 276 del *Code Civil*).

<sup>6</sup> Los modelos más próximos son los del derecho civil francés que prevé la prestación compensatoria por disparidad de las condiciones de vida (artículos 270 y siguientes del *Code Civil*), y del derecho civil español de la pensión compensatoria por desequilibrio económico (artículos 97 y siguientes del Código Civil español).

<sup>7</sup> Esta prevención se halla en todos los ordenamientos jurídicos que introducen en su legislación la institución en estudio. Cfr. con GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Artículos 97-101*, en ALBALADEJO, Manuel (ed.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Madrid, 1982), II, p. 418.



Finalmente, esta compensación económica no puede ni debe confundirse con posibles indemnizaciones de perjuicios a que pueda ser condenado uno de los cónyuges por los daños irrogados al otro con ocasión de los hechos descritos por el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, constitutivos de una causa de divorcio y que le sean imputables. Si bien la ley no regula especialmente esta indemnización —que comprenderá los daños patrimoniales y no patrimoniales—, ella resultará de aplicar las reglas generales sobre responsabilidad civil por ilícitos civiles (Título XXXV del Libro IV del Código Civil).<sup>8</sup> La compensación económica es perfectamente compatible con esta eventual responsabilidad civil.<sup>9</sup> El senador Espina, durante la discusión del proyecto y en particular de la norma sobre la compensación económica, expresó que, a su juicio, en casos de divorcio culpable, el cónyuge inocente podría perfectamente demandar la indemnización por los perjuicios que le haya causado el divorcio según las reglas generales.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> En el derecho civil francés se reconoce expresamente el derecho a la indemnización de daños cuando el divorcio ha producido consecuencias de especial gravedad; indemnización que es compatible con la prestación compensatoria y que debe demandarse conjuntamente con el divorcio. El artículo 266 del *Code Civil* —incorporado el año 1975 por la Ley N° 75-617 de 11 de julio y recientemente modificado por la Ley N° 43-2004 de 26 de mayo en vigor desde el 1° de enero de 2005—, prescribe: "*Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce*".

<sup>9</sup> Cfr. con PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 89. El autor afirma que "[...] no hay que olvidar que, al menos en el derecho comparado, el divorcio ha estado vinculado a genuinas hipótesis de responsabilidad civil. En efecto, el cónyuge víctima de un ilícito civil a instancias de los hechos que originan el divorcio puede incoar una acción civil por el daño moral causado. En Argentina, España o Francia, existe abundante jurisprudencia sobre daño moral por adulterio con escándalo, el cual, han entendido, significa un ilícito civil que debe ser reparado. La compensación económica no cubre este tipo de daño, pues se refiere a un perjuicio material y en ningún caso de índole extrapatrimonial o moral".

<sup>10</sup> Véase, *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, en *Boletín N° 1759-18*, Sesión 11ª, Anexo de Documentos, p. 1613.



## II. EXPLICACIÓN PREVIA

Una vez declarado el divorcio o la nulidad del matrimonio, uno de los cónyuges sufre un menoscabo económico por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar y no haber desarrollado, por esa causa, durante el matrimonio, una actividad remunerada como podía y quería. Con la terminación del matrimonio se produce un desequilibrio o una disparidad económica entre los cónyuges. Surge así el derecho a la compensación económica.

La compensación económica plantea no pocas interrogantes: ¿cuál es su fundamento jurídico? (por qué se le reconoce al cónyuge este derecho); ¿cuál es su naturaleza jurídica? (qué es la compensación económica); ¿cuál es la finalidad que ella persigue? (qué es lo que se compensa y para qué o con qué objeto o finalidad); y, finalmente, ¿cuál es su régimen legal? Para entender los alcances de esta institución y así dar respuesta a las interrogantes planteadas, aportará bastante explicar previamente algunas cosas.

Los que fueron cónyuges repentinamente por el divorcio o la nulidad pasan a tener una vida separada y en ese entendido tienen que enfrentar el futuro, cada uno de ellos ocupando una determinada posición económica; posición que no debería verse sustancialmente alterada con relación a la que tenían durante el matrimonio.

La idea que subyace en esta institución es que después del divorcio o la nulidad, ninguno de los cónyuges debe ver empeorada la posición económica que tenía durante el matrimonio en términos tales que no pueda rehacer su vida autónomamente. Sin embargo, es muy probable que el cónyuge que dejó de hacer sus propias cosas en provecho de la comunidad de vida que implica el matrimonio —pienso en el hogar común y la prole— experimente un menoscabo en su posición en relación a la que tenía durante el matrimonio. En esta hipótesis, la disparidad económica entre los cónyuges es inminente, resultando uno perjudicado: el que se dedicó a la familia. La situación de ese cónyuge —si se la proyecta hacia el futuro— se puede tornar verdaderamente complicada; sus posibilidades de acceso al mercado laboral no serán las mismas que las del otro, quien de seguro seguirá desarrollando su actividad remunerada y concretará todos sus proyectos individuales, algunos dejados de lado precisamente por el hecho del matrimonio. En cambio, el cónyuge que se postergó por dedicarse a la familia, aun-



que tenga mucho interés en hacer un poco de lo mismo, es muy probable que no pueda hacerlo o lo intentará sin éxito. Igual cosa sucederá si ese cónyuge desarrollaba alguna actividad remunerada; probablemente, los ingresos que de ella provengan no serán suficientes como para mantener condiciones de vida adecuadas a las anteriores a la terminación y las posibilidades de acceder a unas mejores condiciones laborales, por lo general, serán muy remotas. Todo ello más todavía si se trata de la mujer, la que, además, tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos comunes. Su dedicación a la familia continúa, eso sí, desde ahora con mayores dificultades. El matrimonio es el que se termina, no así la familia, ella subsiste.<sup>11</sup>

La disparidad o desequilibrio económico y el menoscabo subsecuente resulta más patente si se tienen en cuenta los efectos patrimoniales derivados de la disolución del vínculo, como la pérdida de las expectativas sucesorias y otros a los que me referiré más abajo.

Este desequilibrio económico es inaceptable y reclama una reacción del ordenamiento jurídico, y en el caso chileno —siguiendo los modelos del derecho comparado—<sup>12</sup> se opta por la denominada compensación económica, cuyo objeto es precisamente corregir ese desequilibrio y así asegurar, en la medida de lo posible, que la vida futura separada del cónyuge afectado se desenvolverá en unas condiciones materiales similares a las de la vida matrimonial.

La compensación económica atañe a la posición económica de los cónyuges durante el matrimonio y después de su terminación y a sus posibilidades futuras de desarrollo material separado y autónomo.

Al producirse la terminación del matrimonio uno de los cónyuges lo tendrá más difícil a la hora de comenzar su vida separada.

<sup>11</sup> Cfr. ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)* (Madrid, 1999), p. 191.

<sup>12</sup> En el derecho español, el Código Civil, en su artículo 97, reconoce el derecho a una pensión compensatoria en caso de separación y divorcio; adicionalmente el derecho a la indemnización de daños del artículo 98 a favor del cónyuge que de buena fe celebró el matrimonio declarado nulo. En el derecho francés, el artículo 270 del *Code Civil* establece el derecho a una prestación destinada a compensar, en cuanto fuere posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio hubiera creado en las condiciones de vida respectivas.



da, porque su inversión fue en la familia y no en el mercado. En todo caso, como se explicará más adelante, el solo hecho de que uno de los cónyuges no desarrolle durante el matrimonio una actividad económica o que lo haga en una menor medida por haberse dedicado al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común, no es suficiente para reconocerle el derecho a la compensación económica, es menester que a consecuencia del divorcio o nulidad se haya producido un menoscabo económico y para ello el juez deberá considerar una serie de circunstancias que el artículo 62 de la ley enumera a vía ejemplar y que inciden no sólo en su cuantía, sino también en su procedencia. En síntesis, la sola concurrencia del supuesto de la norma no determina como efecto necesario el nacimiento del derecho a la compensación económica. La institución de la compensación económica es de aplicación restrictiva. Pese a lo anterior, es previsible que nuestros Tribunales de Familia lo entiendan de otra forma y el punto de partida sea el nacimiento de la compensación quedando reducido el problema a uno de cuantificación de la misma. Ello es lo que debe evitarse.

### III. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR DIVORCIO O NULIDAD MATRIMONIAL

Al celebrar el matrimonio, la ley impone a los cónyuges ciertos deberes, entre los que se destacan los de socorro, auxilio mutuo y el de vivir juntos. A mi entender, hoy día el matrimonio, pese a la incorporación del divorcio como causa de terminación, sigue siendo, por regla, indisoluble y en esa confianza los cónyuges lo contraen. Desde este ángulo podría estimarse que es acertado que el legislador haya conservado intacto el artículo 102 del Código Civil, precepto que pone el acento no sólo en la indisolubilidad del vínculo, sino también en los deberes conyugales y en la circunstancia que el matrimonio se celebra por toda la vida. Cuando el legislador prescribe que el matrimonio se celebra por toda la vida, no está reiterando su carácter de indisoluble, sino que está aludiendo a que los contrayentes se unen para todas las circunstancias de la vida o, lo que es lo mismo, para la concreción de un proyecto de convivencia en el que ellos se mantendrán cualesquiera sean las contingencias que se presenten. Esta característica del matrimonio



la reitera el propio artículo 131 al imponer a los cónyuges el deber de socorro y ayuda mutua en todas las circunstancias de la vida.<sup>13</sup>

Los cónyuges se unen para formar una comunidad de vida, renunciando ambos, en mayor o menor medida, a una parte de sus aspiraciones personales y de su desarrollo profesional. Lo que de soltero puede hacerse en lo que a desarrollo personal y profesional se refiere, después del matrimonio forzosamente experimenta ciertas limitaciones relacionadas, en un primer momento, con el hogar común y, luego, con los hijos y el cuidado que éstos requieren. Pero ello no interesa, dado que opera una especie de compensación recíproca de sacrificios. Ambos cónyuges están orientados hacia una misma dirección. Lo que suceda al interior de esta comunidad de vida no interesa. El matrimonio da origen a una solidaridad conyugal, la que presupone un proyecto de convivencia.

Por consiguiente, ambos cónyuges celebran el matrimonio en la confianza que es indisoluble y en base a esa confianza sacrifican, postergan y renuncian a facetas propias e inherentes a personas que tienen una vida separada e independiente y ello se justifica plenamente en la idea de la comunidad de vida que se forma con el matrimonio. Junto con celebrar el matrimonio existe un acuerdo implícito entre los cónyuges en torno a sus fines.

El punto de partida es una cierta reciprocidad, ambos cónyuges, en mayor o menor medida, por dedicarse a la familia —al hogar y a los hijos— se privan de algo.

<sup>13</sup> El profesor Carlos Salinas Araneda, interpretando el concepto legal de matrimonio del artículo 102, afirma que la expresión "por toda la vida" no tiene un sentido cronológico, sino existencial. Explica que Bello no dice "para toda la vida", preposición que sí tendría un claro sentido temporal, sino por toda la vida. En esta fórmula —precisa el autor—, el legislador vuelca toda la carga personalísima que el matrimonio había comprendido desde un principio y que con el correr del tiempo había ido desdibujándose; es toda la vida del hombre, con lo que es y lo que espera ser; la que se une indisolublemente con toda la vida de la mujer, con lo que es y espera ser, con sus virtudes y sus defectos, esperanzas y sus frustraciones. El profesor ve en la expresión de Bello una evocación de esa vieja definición de Modestito, que entendía el matrimonio como "la unión del hombre y la mujer en pleno consorcio", o la de Ulpiano que lo definía como "la unión del varón y de la mujer que contiene la comunidad indivisible de vida". En el derecho romano el matrimonio da lugar a una comunión de los cónyuges en todas las contingencias de la vida, participando del mismo destino. SALINAS ARANEDA, Carlos, *El concepto de matrimonio en el Código Civil de Chile. Una lectura canónica*, en RDUVCV 19(1998), pp. 86-87.



Como decía, todo matrimonio implica naturalmente para los cónyuges sacrificios, postergaciones y renunciaciones vinculados con el desarrollo personal y profesional de cada uno.<sup>14</sup> Hay ciertos intereses y fines inherentes a la vida matrimonial que se estiman como superiores y que, por ello, prevalecen sobre los individuales de cada uno de los cónyuges. Se trata de un proyecto de vida en común al que los cónyuges adhieren desde que contraen el matrimonio y en la confianza que éste perdurará en el tiempo.

A lo anterior se agrega el cúmulo de expectativas emanado del estatuto protector del matrimonio que confieren a ambos cónyuges una dosis de seguridad, sobre todo para aquel que, durante su vigencia, se sacrifica en una mayor medida por dedicarse a las labores del hogar común y/o al cuidado de los hijos, dejando de desarrollar una actividad remunerada. Entre estas expectativas se cuentan, el título legal para demandar alimentos; los regímenes matrimoniales del tipo participativo, como la sociedad conyugal y la participación en los gananciales; la posibilidad de demandar la declaración de un bien de propiedad del otro cónyuge como familiar; la cobertura de los sistemas de seguridad social y de salud; y los derechos sucesorios que la ley reconoce para el caso del fallecimiento del otro.

Esto que se presenta como idealmente equilibrado, en la realidad no es así; siempre uno de los cónyuges se sacrificará o postergará más que el otro, porque su dedicación a la familia ya no sólo incide, sino le impide desarrollar una actividad remunerada o lucrativa como podía y quería. Las razones por las que ese cónyuge

<sup>14</sup> En todo caso hoy día es perfectamente posible que ambos cónyuges no desarrollen una actividad remunerada en la medida que quieren y pueden. Incluso en el supuesto de la norma del artículo 61, podría acontecer que el otro cónyuge tampoco haya hecho durante el matrimonio lo que quería y podía; o haya hecho más de lo que quería o podía; o bien desarrolló una actividad remunerada no querida o que no era la más acorde con sus condiciones y capacidades. Piénsese en un artista, un escultor, escritor, un profesor o un restaurador. Quizás él o ella —por el hecho de formar parte de esta comunidad de vida o desarrollar este proyecto de convivencia— renuncia a lo que más quería y podía hacer y desarrolla una actividad que simplemente produzca lo suficiente para el sustento de la familia. Claro, en este supuesto él o ella trabajaba 10 horas diarias y poco tiempo habrá podido destinar a las labores del hogar común o al cuidado de los hijos si se considera el tiempo invertido por el otro cónyuge que cae en el supuesto de la norma al dedicarse a una actividad remunerada en una menor medida de la querida, pero se dedica a lo que realmente corresponde a su vocación profesional.



optó por el hogar y los hijos –sacrificando su desarrollo ocupacional o profesional– no importan, dado que resultaría imposible descubrir las motivaciones de esa opción.<sup>15</sup> Lo que sí interesa es la efectiva relación causal entre la dedicación del cónyuge a los hijos o el hogar común y la postergación personal, total o parcial, y el ulterior menoscabo frente a la vida separada después del divorcio o la nulidad.

La asimetría entre los cónyuges que pueda producirse durante el matrimonio resulta irrelevante. El mayor sacrificio se justifica plenamente porque éste contribuye al normal desarrollo y crecimiento de la comunidad de vida que se forma con el matrimonio y por la dosis de seguridad que ofrece el estatuto protector del matrimonio. Sin embargo, si el matrimonio se disuelve por nulidad o termina por divorcio, los antiguos cónyuges tendrán que reanudar su vida separada, extinguiéndose todas las mencionadas expectativas. La terminación del matrimonio produce los siguientes efectos: i) pérdida de la calidad de heredero abintestato y legitimario del otro cónyuge; ii) pérdida del título legal para demandar alimentos o extinción de la obligación alimenticia convenida o declarada judicialmente; iii) desaparece la institución de los bienes familiares y el ex cónyuge propietario puede pedir la desafectación de los ya declarados bienes familiares; iv) pérdida de beneficios previsionales o de salud; y v) la disolución de la sociedad conyugal o terminación del régimen de participación en los gananciales. Hay un cúmulo de expectativas unidas a la conservación del matrimonio que desaparecen con su terminación.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Así se recoge: PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 92. El autor asevera: "No reviste importancia si la dedicación al cuidado de los hijos o a las tareas propias del hogar común tuvieron su origen en la voluntad del cónyuge beneficiario o en una situación impuesta, ya sea por el otro cónyuge o por las circunstancias. Se trata de un elemento objetivo que debe acreditarse por el cónyuge demandante".

<sup>16</sup> También vinculando la compensación económica con la pérdida de todos los derechos y expectativas que emanan del estatuto protector del matrimonio, se encuentran: COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004, analizada y comentada* (Santiago, 2004), p. 94. El autor afirma que este derecho se justifica porque declarada la nulidad del matrimonio o el divorcio, el cónyuge anulado o divorciado pierde su derecho a pedir alimentos legales; sus derechos sucesorios, el derecho a pedir la declaración de bien familiar e incluso el derecho a pedir que el juez constituya derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. Empero, la doctrina mayoritariamente vincula a la compensación económica exclusivamente con la extinción del deber de socorro o el título legal para pedir alimentos y se la mira inclusive como una extensión del mismo más allá del matrimo-



Una vez declarado el divorcio o la nulidad para el cónyuge que no desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en una menor medida, todo lo que hizo por la comunidad de vida deja de tener sentido y, lo que es más grave, nada recibirá como contrapartida. Desde ese momento –al no tener siquiera derecho a alimentos– deberá procurarse su propio sustento, lo que, probablemente, a esas alturas será imposible, o a lo menos, muy difícil.<sup>17</sup>

Por lo dicho y con mucha razón, la compensación económica no tiene lugar en los casos de separación judicial, porque ésta no pone término al matrimonio y por ello el estatuto protector que

no, sin considerar en toda su extensión el estatuto protector del matrimonio que va más allá del deber de socorro. Así, en la doctrina nacional el profesor Pizarro Wilson, poniendo el acento en la extinción del deber de socorro por efecto de la nulidad o divorcio, afirma: "El matrimonio involucra la obligación de socorro económico entre los cónyuges, quienes tienen el deber de prestarse asistencia mutua en todas las circunstancias de la vida. En consonancia con este deber de socorro y protección, el Código Civil establece la obligación alimentaria entre los cónyuges. Esta obligación cobra todo su esplendor, hasta ahora, cuando se produce una ruptura matrimonial. [...] Sin embargo, la nulidad matrimonial y el divorcio extinguen el deber de alimentos entre los cónyuges. Con anterioridad a la nueva Ley de Matrimonio Civil, era frecuente señalar que la nulidad matrimonial dejaba a la mujer en una situación de desprotección. Una vez decretada la nulidad matrimonial, cesaba el deber de alimentos recíproco de los cónyuges. Esta situación se pretende remediar en la nueva legislación al consagrar la compensación económica para el caso de nulidad y divorcio". PIZARRO WILSON, Carlos, *ibíd.*, p. 84.

<sup>17</sup> En la doctrina española, la profesora Roca Trías parece que se refiere a esta idea cuando afirma que los presupuestos genéticos que provocan la pensión existían durante el matrimonio y agrega que es la eliminación del deber de socorro la que provoca un resalte de las circunstancias anteriores que ahora quedan evidenciadas. ROCA TRÍAS, Encarna, *Comentarios*, cit. (n. 3), p. 619. Y en otro sitio la profesora expresa que mientras el matrimonio era eficaz, enmascaraba la pérdida de costes de oportunidad que experimenta uno de los cónyuges a través del deber de socorro; pero desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir una compensación. ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia*, cit. (n. 11), p. 187. Por su parte, el profesor García Cantero expresa que la pensión compensatoria "trata de corregir el desequilibrio económico que el divorcio puede crear entre los cónyuges, derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculadas al matrimonio y que constituían el 'tren de vida' del hogar". GARCÍA CANTERO, Gabriel, cit. (n. 7), p. 436.



éste implica se mantiene intacto, salvo culpa del cónyuge demandado.<sup>18-19</sup>

Por el divorcio o la nulidad matrimonial uno de los cónyuges experimenta un menoscabo cuya causa se halla en los términos en los que se desarrolló la vida matrimonial y, más específicamente, en la circunstancia que ese cónyuge dejó de hacer lo que podía y quería por dedicarse a la familia y que después de la ruptura ve empeorada su posición a consecuencia del desequilibrio económico producido. Los cónyuges quedan en un plano de desigualdad para comenzar su vida separada y autónoma y ello es lo que busca corregir el legislador obligando a uno de ellos al pago de una compensación.<sup>20</sup>

En consecuencia, el fundamento jurídico de la compensación económica está, por un lado, en el desequilibrio o disparidad económica que se produce entre los cónyuges a la terminación del vínculo matrimonial debido a que uno de ellos no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en una menor medida, precisamente, porque se dedicó al cuidado de los hijos o al hogar común;<sup>21</sup> y, por otro, en la protección a la confianza

<sup>18</sup> En contra, criticando la solución que adopta nuestro legislador al excluir la separación judicial, influenciados por el derecho civil español, Barrientos y Novales afirman que "supuesta la naturaleza esencialmente resarcitoria y no alimenticia o asistencial, de la compensación económica, no pareciera coherente haber negado su procedencia en los casos de separación judicial, sin perjuicio, evidentemente, de que si luego se decretare el divorcio no hubiera allí nuevo derecho a exigirla". BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, cit. (n. 2), p. 422.

<sup>19</sup> En el Informe de la Comisión de Constitución del Senado se justifica por qué se excluye la separación judicial de la compensación económica. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. *Boletín* N° 1.759-18, p. 194.

<sup>20</sup> Los profesores Díez-Picazo y Gullón, refiriéndose al fundamento de la pensión compensatoria española, expresan: "La hipótesis para la que el Código lo establece (el derecho a pensión) queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación a la posición del otro; es decir, una situación en que tras la crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado; y, además, el cotejo de esa situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento, en definitiva, aunque así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas". DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones* (Madrid, 1997), pp. 139-140.

<sup>21</sup> Barrientos y Novales sostienen que uno de los posibles fundamentos jurídicos de la compensación económica es el desequilibrio económico entre los cónyuges causado directa o indirectamente por el matrimonio, precisando que dicho

de ese cónyuge en orden a que la comunidad que se forma por el matrimonio era para toda la vida.<sup>22</sup> Si durante el matrimonio uno de los cónyuges se sacrifica más que el otro, ello no es relevante, ni provoca reacción alguna del derecho porque se hace en beneficio de esta comunidad de vida y tiene como contrapartidas, primero, el aporte que hace el otro y, segundo, el propio estatuto protector al que se ha hecho referencia. Producida la terminación del matrimonio, aflora ese mayor sacrificio o postergación en forma de menoscabo económico y allí sí que el legislador tiene que poner a disposición del cónyuge afectado algún remedio. Ese menoscabo económico se asimila a la lesión a la confianza creada en el cónyuge dedicado, y así la compensación debiera dejarlo en una situación similar a la que se encontraría para enfrentar el futuro si durante el matrimonio no se hubiere dedicado a la familia. No es función de la compensación garantizar al cónyuge más débil el mismo estándar de vida que tenía durante el matrimonio.

La compensación no cubre el lucro cesante, ni el valor del trabajo doméstico, ni los costos de oportunidad del cónyuge más débil.<sup>23</sup> Si la opción de este cónyuge hubiese sido el mercado laboral y no la familia, habría tenido unas oportunidades y percibido unas ga-

desequilibrio siempre ha de ser causado por el matrimonio, es decir, que si éste se eliminara con las condiciones concretas en las que se produjo la comunidad de vida implicada por él, también desaparecería el desequilibrio. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, cit. (n. 2), pp. 405-406.

<sup>22</sup> La profesora Roca Trías, explicando por qué el ordenamiento jurídico reconoce el derecho a pensiones compensatorias, afirma que hay algunos que argumentan que existe un acuerdo implícito en torno a las finalidades del matrimonio que puede desaparecer debido a la conducta de alguno de los cónyuges o de ambos y la desaparición de la confianza generaría compensaciones, incluso o básicamente económicas. ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia*, cit. (n. 11), pp. 185-186.

<sup>23</sup> En contra: Javier Barrientos Grandón, Aranzazu Novales Alquézar. *Ibid.*; p. 420. Los autores afirman que la compensación económica tiene carácter resarcitorio de los perjuicios ocasionados por la dedicación al hogar común y que principalmente se refieren: a) a las pérdidas económicas derivadas por no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada; o haberlo hecho en menor medida de lo que podía o quería; b) a los perjuicios derivados del coste de oportunidad laboral; c) al valor del trabajo doméstico, y d) al daño moral.



nancias en forma de remuneración que probablemente le ubicarían en una mejor posición económica en relación a la que tiene al momento del término del matrimonio.<sup>24</sup> Sin embargo, a esas alturas no es posible cuantificar lo que habría significado para ese cónyuge la primera inversión; pero como las cosas no pueden quedar así, se le reconoce el derecho a reclamar una suma de dinero que se mide atendiendo a unas circunstancias que permiten determinar las condiciones materiales en las que previsiblemente se desenvolverá su vida separada y que tiene derecho a percibir a título de compensación por el sacrificio que después de la terminación aparece como injustificado o inútil. Si no se le reconociera ese derecho, el otro cónyuge, el deudor por disposición de la ley, estaría experimentando una especie de enriquecimiento a costa del beneficiario, pero entendido en este sentido y no como evitación de un pasivo para el primero, por lo que habría tenido que desembolsar por concepto de servicios domésticos o de cuidado de los hijos comunes. Vinculado con lo anterior, el profesor Pizarro Wilson, refiriéndose a la calificación jurídica de la institución, recurre al enriquecimiento a expensas de otro al considerar el sacrificio del cónyuge acreedor como un empobrecimiento a costa de un verdadero enriquecimiento del otro cónyuge y explica el autor que la compensación no se mide calculando el valor económico del sacrificio, sino que se avalúa la situación actual al momento de la ruptura y las perspectivas de vida hacia el futuro. Este empobrecimiento a costa de otro justificaría la reacción del legislador imponiendo al cónyuge virtualmente enriquecido la obligación de compensar el menoscabo.<sup>25</sup> Aparece un nuevo posible fundamento jurídico que se suma a los anteriores.

<sup>24</sup> Así se recoge: ROCA TRÍAS, Encarna, cit. (n. 11), p. 192. La autora asevera: "si se quiere afrontar la solución de este tema con criterios de racionalidad, únicos posibles en el ámbito jurídico, habrá que utilizar criterios económicos para plantear el problema en sus justos términos y para ello es útil considerar que el derecho a la pensión se adquiere a través de lo que se denomina inversiones matrimoniales y es una herramienta para eliminar incentivos financieros distorsionantes y no para librar a uno de los cónyuges de la necesidad. Se dice que los cónyuges pueden invertir en el matrimonio o en el mercado, es decir, pueden renunciar a sus habilidades profesionales para dedicar todo o parte de su tiempo al matrimonio".

<sup>25</sup> PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), pp. 90-91. En el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, la profesora Paulina Veloso indicó que las jurisprudencias española y suiza han invocado como fundamento de las pensiones compensatorias el enriquecimiento sin causa, porque se estima que la mujer no se pudo incorporar plenamente al mercado laboral y el divorcio le genera un empobrecimiento respecto de las expecta-



Así las cosas, tres serían los fundamentos de la institución objeto de estudio: a) el desequilibrio económico producido por la ruptura del vínculo, habida cuenta de las condiciones en que se desarrolló la comunidad de vida que implica el matrimonio; b) la protección a la confianza creada en el cónyuge dedicado al hogar o al cuidado de los hijos; y, estrechamente vinculado con ambos, c) el enriquecimiento a expensas de otro en los términos explicados.

Éstas son las razones que exigen de parte del ordenamiento jurídico una respuesta enérgica y que en el caso chileno viene dada por el reconocimiento al cónyuge más débil de este derecho a la compensación de menoscabo que experimente.

Como lo anticipé, nuestro legislador —siguiendo muy de cerca el modelo del derecho francés de la prestación compensatoria por la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida de ambos cónyuges— recoge la llamada doctrina del *clean break*, que busca poner un punto final al conflicto entre los ex cónyuges en el orden económico, reconociendo a favor del más débil, siempre que acredite el menoscabo económico que sufre por el divorcio o nulidad, una prestación que tiene por objeto, por regla general, una única suma de dinero pagadera en metálico o en especie, que a lo sumo, en el primer caso, puede pagarse en cuotas reajustables siempre que el deudor ofrezca seguridades para su pago (artículos 65 y 66 de la Ley de Matrimonio Civil). Y esa compensación ofrece al cónyuge más débil una base cierta para afrontar de manera autónoma y su vida definitivamente separada.<sup>26</sup>

tivas que tenía de casada. Es un enriquecimiento sin causa, porque uno de los cónyuges se desarrolló económicamente a costa del sacrificio del otro, que se dedicó al cuidado del hogar y los hijos comunes: en *Boletín* N° 1759-18, Sesión 11ª, Anexo de Documentos, p.1625. En contra: ROCA TRÍAS, Encarna, cit. (n. 11), p. 186. La autora sostiene que difícilmente se puede argumentar diciendo que los papeles sociales que se atribuyen a cada cónyuge en el matrimonio y que son asumidos voluntariamente en sus relaciones internas y externas, producen un enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a costa del otro.

<sup>26</sup> Cfr. con GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho* (Madrid, 1995), pp. 135-140. La autora expresa que "resulta de interés hacer mención al fenómeno [...] que pretende que el divorcio implique en la medida de lo posible la independencia, también desde un punto de vista económico, entre los ex cónyuges y, con ello, la posibilidad de establecimiento de una nueva vida sin ataduras con el esposo y esposa anterior".



#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR DIVORCIO O NULIDAD MATRIMONIAL

Como es natural, el legislador patrio se limita a establecer el régimen legal de la compensación económica sin calificarla jurídicamente, siendo menester preguntarse ¿qué es la compensación económica? En esta materia hay que ser muy cauteloso, porque inconscientemente se intenta encasillar las instituciones nuevas en categorías preexistentes y ello, por lo general, lleva a confundir las cosas, logrando precisamente el efecto contrario al deseado, esto es, desnaturalizar la institución. Si se concluye que la compensación económica comparte la naturaleza jurídica de otra institución, indefectiblemente deberá recurrirse a ella para completar lagunas o insuficiencias que la normativa de la Ley de Matrimonio Civil presente.

En torno a la naturaleza jurídica, después de dar un vistazo al derecho comparado<sup>27</sup> y, más importante, a la historia del establecimiento de la ley, la respuesta a esta interrogante oscila entre los alimentos y la responsabilidad civil; presentándose una tercera posibilidad, que consiste en aceptar lisa y llanamente que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia que no se identifica plenamente con ninguna de las antedichas.

##### I. CUESTIÓN PREVIA. ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA LEY

Como una cuestión previa y para comprender cómo concibe el legislador a esta institución, es de necesaria consideración la discusión producida en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En ella se observa nítidamente el tránsito de una prestación de naturaleza alimenticia a una de marcada naturaleza compensatoria, sin

<sup>27</sup> En el derecho comparado, o bien las prestaciones económicas posteriores al divorcio constituyen una pensión alimenticia, como en el caso del derecho alemán y también del derecho italiano; o bien una especie de pensión o prestación indemnizatoria como en el derecho francés y el español. En estos últimos ordenamientos, el esfuerzo se centra en excluir la naturaleza alimenticia de la prestación y posteriormente en explicar que se trata de una responsabilidad civil especial, distinta de la propia del derecho civil patrimonial.



llegar a equipararse con una responsabilidad civil en sentido estricto desde que —así se declara— ella busca compensar la expectativa económica a la que uno de los cónyuges habría renunciado por haberse dedicado exclusiva o preferentemente a la familia común.<sup>28</sup>

a) Origen de la institución en la historia del establecimiento de la ley. El artículo 59 del Proyecto de Ley aprobado por la Cámara de Diputados,<sup>29</sup> que prescribía sobre el contenido del acuerdo regulador en caso de nulidad, separación y divorcio, exigía la suficiencia de dicho acuerdo y ello dependía, entre otras cosas, de si procuraba aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establecía relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes se divorciaban, anulaban o separaban; en su inciso segundo añadía que la equidad de las relaciones futuras entre los cónyuges debía apreciarla el juez atendiendo especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que podía encontrarse el cónyuge que, durante el matrimonio, permaneció al cuidado de los hijos y del hogar común. Sin esa compensación el acuerdo era insuficiente y, en consecuencia, el juez debía rechazarlo. Allí se encuentra el origen de lo que hoy se prevé como compensación económica, debiendo precisar que este proyecto no preveía ni siquiera alimentos por causa de divorcio.

Claramente en este proyecto aparecen, de un lado, la noción de daño que puede causar la ruptura, vinculada con la situación de desventaja para acceder al mercado laboral en que puede encontrarse uno de los cónyuges, especialmente el que permaneció durante la vida matrimonial al cuidado de los hijos y del hogar común; y, de otro, la necesidad de la compensación de este daño así concebido. Ello denota que al legislador desde un principio le inquietaron las condiciones en que pudiera quedar, para enfrentar una futura vida separada, el cónyuge que durante el matrimonio se dedicó a la familia, haciendo depender la aprobación del acuerdo a la corrección del daño que la ruptura pudiera causarle.

<sup>28</sup> Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en *Boletín* N° 1759-18, pp. 198 y 199.

<sup>29</sup> Me refiero al texto aprobado por la Cámara de Diputados en septiembre de 1997 y que consta en el *Boletín* N° 1759-18.



Más tarde, en la indicación del Ejecutivo,<sup>30</sup> para evitar que el cónyuge que no hubiese dado lugar al divorcio con su culpa<sup>31</sup> quede imposibilitado de mantenerse,<sup>32</sup> se autorizaba al Tribunal para decretar algunas medidas que oscilaban entre la declaración de bien familiar y el pago de un monto o de una pensión compensatoria por un período que no podía exceder de los cinco años,<sup>33</sup> reconociendo la facultad de solicitar el cese o modificación de tales medidas cuando variaran las circunstancias que motivaron su establecimiento. Entre tales circunstancias se contaba el que el cónyuge beneficiario con-

<sup>30</sup> La necesidad de compensar a uno de los cónyuges en caso de divorcio tiene su origen en las indicaciones que hace el Poder Ejecutivo en septiembre de 2001 al Proyecto de Ley aprobado en la Cámara de Diputados, sin desconocer que también lo plantearon para la nulidad, pero sin suerte, los senadores Chadwick, Romero y Díez. La indicación del Poder Ejecutivo es la que prospera y da lugar a la discusión en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y culmina con el aprobado artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil. Ni el proyecto original, ni el de la Cámara de Diputados prevé la institución. Finalmente, se incluye en el capítulo 7° *De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio* un párrafo especial rubricado *De la compensación económica*. Véase *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil.

<sup>31</sup> Se excluye al cónyuge que hubiese dado lugar al divorcio por una falta que le fuera imputable.

<sup>32</sup> Considerando las resultas del régimen patrimonial que existiere; o el estado de separación de bienes; o la existencia de bienes familiares; o de una pensión alimenticia anterior.

<sup>33</sup> Si por el divorcio alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su manutención, el tribunal podía adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado: i) Proceder a la declaración de bienes familiares, ii) Constituir derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que hubieren conformado parte del patrimonio familiar de los cónyuges, iii) Determinar el pago de un monto o de una pensión compensatoria por un período de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio. Las medidas se adoptarían a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta a la demanda de divorcio o por vía reconventional en el mismo procedimiento. En ambos casos, debería resolverse en la sentencia definitiva. Para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente: la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges; las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral; la eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar; el aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común; la eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio, y la existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges.



trajera nuevo matrimonio o hiciese vida marital o cometiera injuria grave contra quien soportaba la carga de la compensación.

La indicación reconoce el derecho a una pensión compensatoria a favor del cónyuge que sin haber dado lugar al divorcio queda imposibilitado de mantenerse en el futuro, pero no vincula esta circunstancia, como sí lo hacía el Proyecto de la Cámara, con la dedicación del cónyuge beneficiario a la familia.

El antecedente inmediato de la actual compensación económica fue la indicación del Ejecutivo, y que la prevé el Proyecto aprobado por el Senado,<sup>34</sup> al incorporar al antiguo capítulo 6°, que pasa a ser 7°, el § 1 rubricado *De la compensación económica*, cuyo primer precepto es el artículo 62 con tenor que prácticamente coincide con el del artículo 61 de la Ley N° 19.947, y que dispone: "*Si uno de los cónyuges no desarrolló una actividad remunerada durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que le era posible, como consecuencia de haberse dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido*".

b) Naturaleza alimenticia. Claramente, en la indicación del Ejecutivo, la pensión compensatoria tenía una marcada naturaleza alimenticia.<sup>35</sup> Tanto es así que el senador Espina expresa que en el caso del divorcio los cónyuges siempre podrán acordar derechos y obligaciones de carácter económico para paliar los efectos que éste produzca; y que si no hay acuerdo y se acredita que uno de los cónyuges quedará privado de los medios necesarios para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, el tribunal podrá decretar cualquiera de las medidas aludidas y añade que si se ordena el pago de una pensión periódica, ésta debe ser considerada alimentos para todos los efectos legales.<sup>36</sup> En la opinión del senador si el divorcio es por culpa, el cónyuge inocente

<sup>34</sup> Que es el texto aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

<sup>35</sup> Así lo reconoce expresamente el senador Viera-Gallo al aseverar que "*la propuesta mencionada razona en torno al derecho de alimentos. La legislación extranjera apunta, en cambio, a las compensaciones entre los cónyuges por el desequilibrio económico que se producirá entre ellos*", en *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, en *Boletín N° 1759-18*, Sesión 11ª, Anexo de Documentos, p. 1614.

<sup>36</sup> Y añade que el cónyuge obligado podrá eximirse de esta carga si acredita que, al cesar la convivencia, existieron situaciones o faltas imputables al cónyuge que la solicita, que le habrían bastado para pedir el divorcio por culpa o la separación judicial.



podría demandar al cónyuge culpable la correspondiente indemnización de daños según las reglas generales.<sup>37</sup> Se distingue claramente entre la pensión compensatoria que tendría una naturaleza alimenticia y la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados por los hechos constitutivos de la causal de divorcio.

c) Naturaleza jurídica compensatoria de un menoscabo económico. Posteriormente se diluye el carácter alimenticio y surge la idea de compensación o indemnización de un menoscabo económico que produce la terminación del matrimonio. La ex Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Delpiano, sugiere que el juez deberá evitar que como consecuencia del divorcio se produzca un desequilibrio económico entre los cónyuges, no sólo por la falta de equiparidad patrimonial al momento de la disolución, sino también por las perspectivas económicas futuras de uno y de otro. En caso de producirse este desequilibrio el juez deberá fijar una prestación compensatoria a favor del cónyuge afectado.<sup>38</sup> No se trata de alimentos, sino de una prestación a favor del cónyuge más débil, que es aquel que ha dedicado parte de su vida al cuidado de sus hijos y que por esa razón puede verse perjudicado en sus oportunidades futuras.<sup>39</sup> Tiene derecho a esta prestación el cónyuge más débil para el comienzo de una vida separada y lo es porque se verá perjudicado en sus oportunidades futuras.<sup>40</sup>

El ex Ministro de Justicia señor Gómez afirma que este sistema de compensación está operando en muchos países, y que tiene la gran ventaja de poner fin tempranamente a la discusión económica evitan-

<sup>37</sup> El senador afirma: *Las medidas deberán ser solicitadas a petición de parte y el beneficiado deberá optar entre estas medidas y la indemnización de perjuicios*, en *Boletín N° 1759-18, Sesión 11ª, Anexo de Documentos*, p. 1613.

<sup>38</sup> Prestación compensatoria que puede consistir o en la entrega de una suma de dinero, acciones o bienes, pudiendo el dinero pagarse en cuotas; o en la constitución de derechos reales de usufructo, uso o habitación.

<sup>39</sup> La Ministra Delpiano observó que, conforme a la propuesta, la calificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario, son aspectos muy importantes para determinar si procede o no esta compensación. Lo que se está cautelando son las posibilidades futuras de la persona que no ha trabajado y ha estado al cuidado de sus hijos por muchos años. *Primer Informe*, en *Boletín N° 1759-18, Sesión 11ª, Anexo de Documentos*, p. 1617.

<sup>40</sup> En un momento la Ministra Delpiano vincula a la prestación compensatoria con la culpa del obligado y luego identifica su objeto con el lucro cesante que habría experimentado el cónyuge afectado y de ello podría inferirse que para ella la prestación tendría una naturaleza jurídica indemnizatoria. Después no insiste en este planteamiento.



do así perpetuar el conflicto familiar, como ocurre con los alimentos, en que las solicitudes de rebaja o aumento son fuente de constantes enfrentamientos, eternizando las odiosidades. En su opinión, no deben existir alimentos después del divorcio, y no tiene objeciones en que se opte por la indemnización de perjuicios.<sup>41</sup> A mi juicio, el Ministro para hacer esta afirmación —aunque no hay constancia de ello— debe haberse apoyado en la experiencia de aquellos ordenamientos jurídicos que recogen la denominada doctrina del *clean break*.

El senador Viera-Gallo introduce la noción de menoscabo económico a causa del divorcio, que, a su entender, consiste en el hecho que uno de los cónyuges deje de vivir en las condiciones imperantes al momento del divorcio. Citando la norma del Código Civil español, el legislador afirma que el acento no debe colocarse en el desequilibrio económico en relación al otro cónyuge, sino en el empeoramiento de su situación económica comparada con la que tenía durante el matrimonio. Y en otro sitio asevera que esta institución trata de proteger al cónyuge más débil y con ello a la familia y al matrimonio. Si se quiere el divorcio o la nulidad se deberá compensar a la otra persona. Aprobar disposiciones como éstas —que él considera pro vínculo matrimonial— responde a la consideración del matrimonio como base principal de la familia.<sup>42</sup> Complementando las ideas del senador, la ex Ministra Delpiano explica que en la compensación económica lo que interesa es mirar la realidad futura, porque uno de los cónyuges parte un paso más atrás.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> El Ministro expresa: *“desde el momento en que se produce la ruptura de un matrimonio, debería evitarse que la relación se extienda en el tiempo, porque tenderá a deteriorarse cada vez más. Establecer una compensación como aquí está planteada, sin fijar tiempo, significará que se mantendrá esta colisión de intereses durante muchos años”*. *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, en *Boletín 1759-18, Sesión 11ª, Anexo de Documentos*, p. 1615.

<sup>42</sup> El senador Espina expresa: *“La compensación es particularmente importante en el divorcio solicitado por uno de los cónyuges cuando ha cesado la convivencia, porque si la mujer se casó, educó a sus hijos, estuvo con ellos todo el tiempo generalmente por una decisión del marido o de ambos y de la noche a la mañana ese matrimonio fracasa, el marido deberá asumir el costo de querer construir una nueva familia. No será gratis separarse”*.

<sup>43</sup> La Ministra Delpiano expresa: *“Lo que importa es mirar la realidad futura, porque uno de los cónyuges parte un paso más atrás, con desventaja, porque hubo un tiempo en que no desarrolló una profesión o actividad económica, o no lo pudo hacer en plenitud. Sea por una decisión de ambos, o por necesidad, se dedicó fundamentalmente al cuidado de los hijos o a las labores del hogar y eso le ha restado posibilidades en cuanto a pensión previsual, desarrollo personal y le produce más dificultad para encontrar trabajo. Esas diferencias se le deben compensar económicamente, ése es el punto central”*, en *Informe Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, en *Boletín 1759-18, cit. (n. 39)*.



En el segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado se discute sobre la procedencia de la compensación cuando el régimen de bienes entre los cónyuges sea la sociedad conyugal o la participación en los gananciales y su liquidación arroje gananciales o un crédito de participación a favor del cónyuge más débil. Y a propósito de esa discusión y con el objeto de delimitar el ámbito de la compensación económica y su finalidad, el senador Espina afirma que el menoscabo económico o perjuicio —como lo llama— se proyectará en el futuro, porque el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar no tendrá régimen de salud y jubilación y deberá empezar a trabajar con una profesión abandonada hace años o a una edad que no conseguirá trabajo remunerado. La compensación no persigue equilibrar patrimonios —como los regímenes patrimoniales mencionados—, sino indemnizar a uno de los cónyuges por el menor incremento de su patrimonio, con vistas sobre todo a su subsistencia futura. Y la ex Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Cecilia Pérez, apoyando la opinión del senador, explica que efectivamente la compensación procederá en forma independiente, porque propende a que, considerando lo que dejó de ganar el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar, éste tenga, al terminar el matrimonio, un punto de partida que equivalga a aquel en que se encontraría de no haber mediado esa dedicación preferente.<sup>44</sup>

Finalmente, conviene consignar que de la discusión habida sobre el artículo 67, del Proyecto aprobado por el Senado, que asimila las cuotas en que se divide la compensación a los alimentos debidos por ley para efectos de su cumplimiento, aparece que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica híbrida, que ni siquiera puede equipararse a la de una indemnización de daños. Así, el ex Ministro de Justicia Bates plantea que esa fórmula incrementaría las dudas acerca de la naturaleza jurídica de esta nueva institución, porque las consecuencias de llegar a la conclusión de que es indemnización o alimentos son diferentes. Atendidos los hechos que la originan, podría sostenerse que no se trataría de una indemnización de perjuicios, por cuanto ésta requiere de un ilícito previo, que en el caso no se produce, y que tampoco sería una pensión alimenticia, aunque los hechos podrían estimarse como causa de alimentos. Por su parte, la ex Ministra del Servicio

<sup>44</sup> Véase Informe, en *Boletín* N° 1759-18, pp. 70-71.



Nacional de la Mujer, Cecilia Pérez, sostiene que sin duda la compensación económica es una figura híbrida, pero, precisa que a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución.

De lo expresado en este apartado es dable sostener que de la historia del establecimiento de la ley se infiere: (i) Al legislador desde un principio le inquietó la situación del cónyuge al que la terminación del matrimonio le causara un menoscabo económico por haberse dedicado, durante el matrimonio, al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común y no haber desarrollado, por esa causa, una actividad remunerada y, por ello, le reconoce un derecho a una compensación; (ii) Ese menoscabo se identifica con un desequilibrio económico que puede causar el empeoramiento de la situación que durante el matrimonio tenía el cónyuge referido y que se proyecta hacia el futuro; y (iii) La compensación no tiene una naturaleza alimenticia, sino simplemente compensatoria y su finalidad es evitar que este cónyuge comience su vida separada un pie más atrás que el otro. Ella se diferencia manifiestamente de la eventual responsabilidad civil extracontractual por los daños que irrogan los hechos constitutivos de las causales del divorcio por culpa en tanto hecho ilícito.

## 2. ¿NATURALEZA JURÍDICA ALIMENTICIA O INDEMNIZATORIA?

Como se anticipó, las posibilidades de calificación jurídica de la compensación económica son tres, o es una prestación alimenticia, o una de carácter indemnizatorio, o bien posee una naturaleza jurídica propia que no puede inscribirse en ninguna institución preexistente.

Si el acento se pone en la falta o insuficiencia de medios para subsistir modestamente de un modo acorde a su posición social y en la mutabilidad de la compensación por cambio de las circunstancias, tendrá carácter alimenticio; en cambio, si el menoscabo económico se identifica con un daño que ha experimentado el cónyuge beneficiario y se vincula a la compensación con la culpa del otro cónyuge —en particular a la imputabilidad de la causa que dio origen al término del matrimonio—, será una responsabilidad civil. No se trata de una cuestión fácil de resolver, porque la compensación económica es una de las típicas instituciones que no coincide plenamente con ninguna otra.



Anticipando mi opinión, no cabe afirmar ni una ni otra naturaleza jurídica. No obstante, la compensación económica se aproxima a la idea de responsabilidad civil desde que la ley une la compensación con el menoscabo, pero no llega a identificarse con ella en términos de sostener sin más que el cónyuge acreedor es titular de una acción indemnizatoria en contra del cónyuge deudor regulada por el § I del capítulo VII de la Ley de Matrimonio Civil y supletoriamente por el título XXXV del libro IV del Código Civil. Ahora, tampoco cabe excluir de plano el carácter alimenticio, porque la compensación económica en parte también cumple una finalidad asistencial similar a la asignada a los alimentos debidos por ley, tanto es así que entre las circunstancias de las que depende su procedencia y cuantía se hallan la situación patrimonial, la cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral; y la situación en materia de beneficios previsionales y de salud.

a) Naturaleza jurídica alimenticia. El divorcio pone fin a todos los efectos del matrimonio.<sup>45</sup> En lo que concierne al título para demandar alimentos o al derecho a los mismos, el artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil en su parte final prescribe que tales efectos, incluido el derecho de alimentos, deben entenderse sin perjuicio de lo dispuesto por el § 1 del capítulo 7° de las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio, y cuyo objeto es la compensación económica. La sola lectura del precepto y su relación con el mencionado párrafo podría dar pie para sostener que cuando el divorcio o la nulidad causa un menoscabo al cónyuge más débil, el derecho de alimentos subsiste para después del término del matrimonio bajo la forma de compensación económica. Pero ello no es así. Como se ha dicho, el derecho de alimentos o el título para pedirlos se extingue irrevocablemente. Empero, podría pensarse lo contrario si se considera: i) que el legislador incluye entre las circunstancias relevantes del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil para la procedencia y fijación de la cuantía de la compensación la situación patrimonial de los cónyuges; y ii) que se prescribe que cuando el cónyuge deudor careciere de bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación, el juez puede dividirla en tantas cuotas como fuere necesario y éstas se considerarán alimentos para los

<sup>45</sup> En el caso de la nulidad es más evidente, porque el artículo 50 de la Ley de Matrimonio Civil ordena la restitución de las cosas al estado anterior a la celebración del matrimonio, como si éste jamás se hubiese celebrado.



efectos de su cumplimiento.<sup>46</sup> Sin embargo, y aunque no pueda desconocerse que la compensación cumple en cierta medida una finalidad asistencial propia de los alimentos, no puede calificársela como tal.

Entre las razones para descartar la naturaleza alimenticia de la compensación se cuentan las que siguen:<sup>47</sup>

i) No constituye una condición para la compensación que el cónyuge beneficiario carezca de medios suficientes para su subsistencia, o dicho de otra forma, el menoscabo económico no es sinónimo de estado de necesidad o carencia de medios para la subsistencia. El beneficiario de la compensación puede tener medios e igualmente concluirse que el término del matrimonio le causó un menoscabo, siendo procedente la compensación. Por consiguiente, el hecho que el legislador incluya en las circunstancias relevantes del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil las facultades o la situación patrimonial de cada cónyuge, no es bastante para convertirla en alimentos, principalmente porque no es la única circunstancia a considerar, hay otras tan importantes o más incluso que aquella.

ii) La compensación se fija de una sola vez y es inmutable aunque su pago sea en cuotas o por medio de la constitución de un derecho real y se produzca una variación posterior de las circunstancias que impliquen el empobrecimiento o enriquecimiento de alguno de los ex cónyuges.

iii) El carácter no alimenticio de la compensación económica viene confirmado por el propio artículo 66, que sujeta las cuotas en que se divida la compensación —cuando el deudor careciere de bienes suficientes— al régimen especial del pago de las pensiones alimenticias. La ley considera las cuotas alimentos para el solo

<sup>46</sup> Para un estudio de la obligación alimenticia de los cónyuges divorciados y su evolución en la tramitación de la Ley de Matrimonio Civil, véase: TURNER, Susan, *Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, en RDU 16(2004), pp. 88-95.

<sup>47</sup> Pizarro Wilson añade como argumento para desechar la calificación de alimentos el que la mirada para determinar la procedencia de la compensación económica está volcada hacia el pasado. El juez debe considerar el sacrificio de alguno de los cónyuges en la vida marital. En principio no se trata de evaluar las necesidades futuras del cónyuge beneficiario, sino de todo aquello que no pudo ingresar a su patrimonio en razón del sacrificio durante el matrimonio. Esto no tiene nada que ver con los alimentos, los cuales se vinculan al deber de socorro y se fijan en base a las necesidades económicas del alimentario y las facultades económicas del alimentante. PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 87.



efecto de su cumplimiento. Quiere decir que el legislador hace aplicable este régimen especial, procediendo todos los apremios aplicables al alimentario incumplidor en conformidad a la Ley Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, lo que representa una verdadera caución para el acreedor; tanto es así que puede evitar esta asimilación ofreciendo una garantía suficiente calificada por el juez. De la norma se infiere que la compensación, aunque sea pagadera en cuotas por carecer el deudor de bienes suficientes, no constituye alimentos.

A lo anterior se suma lo dicho a propósito de la historia del establecimiento de la ley. En un primer momento aparece la naturaleza alimenticia, pero rápidamente es desplazada por la idea de la compensación del menoscabo.<sup>48</sup>

b) Naturaleza jurídica indemnizatoria. De la historia del establecimiento de la ley, la opinión dominante en los sistemas de derecho comparado tomados como modelo por nuestro legislador<sup>49</sup> y las primeras voces de nuestra doctrina,<sup>50</sup> aparece que la compen-

<sup>48</sup> Significativas son las palabras del senador Chadwick: "no se trata de alimentos, los cuales tienen como objetivo permitir la subsistencia. En cambio, esta institución pretende compensar una expectativa económica a la cual se habría renunciado para dedicarse exclusiva o preferentemente a la familia común". En otro sitio, los senadores Chadwick y Espina coinciden en que "la compensación no corresponde a alimentos, excepto en lo que atañe a su cumplimiento en ciertos casos, por lo que la modalidad de pago, de contado o en cuotas, que se adopte es irrelevante respecto del monto fijado". Ver Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en Boletín N° 1759-18, pp. 198-199.

<sup>49</sup> Por todos: ROCA TRÍAS, Encarna, cit. (n. 11), pp. 189 y ss., y también en: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Artículo 97, Comentario del Código Civil (Madrid, 1991), I, p. 403; (cit. n. 2), p. 618; GARCÍA CANTERO, Gabriel, cit. (n. 7), pp. 429 y ss.; CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento (Barcelona, 1986), p. 25; SERIAUX, Alain, La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris, en Revue Trimestre de Droit Civil, 1 (1997), pp. 53-66.

<sup>50</sup> Barrientos y Novales afirman que "sobre la base del examen que se ha hecho de la historia fidedigna del establecimiento de la ley en sede de "compensación económica" y, en particular, de las disposiciones contenidas en los artículos 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil, pareciera que el fundamento central de ella es de carácter resarcitorio de ciertos perjuicios, ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar". BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu (cit. n. 2), p. 420. Por su parte, Pizarro Wilson sostiene que "la propia expresión compensación conlleva de manera inevitable la idea de indemnización. El texto legal señala que se trata de compensar el menoscabo económico. La compensación involucra una pérdida consumada o, al menos, previsible, en razón de un hecho acaecido con anterioridad" y más adelante



sación tiene una marcada naturaleza indemnizatoria. Sin embargo, ello no puede llevar a identificarla con una responsabilidad civil en sentido estricto.<sup>51</sup>

En esta institución hay un daño objetivo que es el menoscabo económico y que se identifica con el desequilibrio o disparidad entre los cónyuges que implica un empeoramiento de la posición de uno de ellos para el futuro. La causa inmediata del menoscabo económico es el divorcio o la nulidad; sin embargo, su causa mediata y determinante son las condiciones en las que se desarrolló la vida matrimonial.<sup>52</sup> Se busca compensar al que más pierde con el divorcio o la nulidad del matrimonio, corrigiendo la desigualdad que

agrega que "La 'compensación económica' presenta un marcado carácter indemnizatorio", PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), pp. 88-89. Susan Turner explica que la finalidad de la compensación económica es el resarcimiento de un daño que pudo haberse producido aun antes del divorcio o nulidad y que, así acumulado, se hace exigible con la sentencia respectiva y en otro sitio afirma que la compensación económica participa de la naturaleza reparatoria de la pensión compensatoria española. TURNER, Susan, cit. (n. 46), pp. 97-99.

<sup>51</sup> Reconociendo que la compensación económica no coincide plenamente con una indemnización de daños, el profesor Pizarro Wilson expresa que la compensación económica no puede considerarse una genuina indemnización de perjuicios principalmente porque ella no exige culpa del cónyuge deudor y porque considera relevante la buena o mala fe del cónyuge deudor. Más adelante dice que en la nueva normativa, la compensación económica presenta un carácter indemnizatorio atenuado y ello porque ella equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a las labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. Y agrega que el cónyuge es obligado a la compensación por el enriquecimiento que experimenta y por el empobrecimiento del cónyuge beneficiario, vinculando, así, su naturaleza jurídica con el enriquecimiento a expensas de otro. Finalmente, concluye que pese a este carácter indemnizatorio, los criterios para fijar su monto están, más bien, orientados a permitir un cierto equilibrio en la situación del cónyuge beneficiario hacia el futuro. PIZARRO WILSON, Carlos (cit. n. 3), pp. 89-90.

<sup>52</sup> En la doctrina española Campuzano Tomé afirma que "tal derecho nace y es una consecuencia directa de la separación y divorcio" y agrega que "hay que distinguir entre presupuestos necesarios para hacer surgir la posibilidad de solicitar la pensión, dentro de los cuales quedaría encuadrada la sentencia de separación o divorcio y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la misma, incluyéndose aquí el fundamental desequilibrio económico; es en éste donde la relación matrimonial adquiere una importancia decisiva". CAMPUZANO TOMÉ, Herminia (cit. n. 49), p. 26.



pone en evidencia la terminación del matrimonio, hasta ese momento latente.

En el derecho español, tanto la doctrina, como la jurisprudencia de sus tribunales, han matizado la naturaleza indemnizatoria de la pensión compensatoria, equivalente a nuestra compensación por menoscabo económico. Así, la profesora Encarna Roca Trías afirma que la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil español constituye un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo consistente en el desequilibrio económico consecuencia de la separación y el divorcio. Sin embargo, precisa que la afirmación de que se trata de un resarcimiento por la concurrencia de un daño objetivo producido por la ruptura no debe llevar a entender que la pensión tenga la naturaleza de la responsabilidad civil. En su opinión no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo que constituye su supuesto de hecho viene a ser caracterizado por consistir en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio. Se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio.<sup>53</sup> Y en otro sitio explica que se trata de perjuicios objetivos porque sólo se tiene en cuenta el equilibrio entre los patrimonios de los ex esposos y no la participación de cada uno de ellos en las causas de la ruptura.<sup>54</sup> La autora, para demostrar que es una indemnización que no responde a los criterios de la responsabilidad civil, cita dos sentencias dictadas por Audiencias Provinciales en las que queda en evidencia aquello y, además, vinculan a la pensión con las condiciones de vida futura del cónyuge perjudicado y la pérdida de costes de oportunidad que le causó el matrimonio: i) La sentencia de 30 de enero de 1995 de la Audiencia Provincial de Cádiz declara que la pensión económica debe "conectarse necesariamente con la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un status económico autónomo para el cónyuge perjudicado y con la posibilidad real de acceder al mercado de trabajo [...]". En definitiva, pues, la pensión compensatoria debe ser consecuencia fundamentalmente

<sup>53</sup> ROCA TRÍAS, Encarna, cit. (n. 11), pp. 146-147.

<sup>54</sup> ROCA TRÍAS, Encarna, *El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad*, en DIEZ-PICAZO, Luis (ed.), *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales. División Interdisciplinar de la Familia* (Pamplona, 1984), p. 227.



de las condiciones en que se ha desarrollado la vida conyugal, lógicamente apreciadas desde el punto de vista económico [...]";<sup>55</sup> y ii) La sentencia de 5 de julio de 1995, de la Audiencia Provincial de Toledo, define el desequilibrio económico considerando que "tiene carácter estrictamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio en la posición económica de uno de los cónyuges respecto a la conservación por el otro, en relación con la que ambos venían disfrutando durante el matrimonio, que tiende específicamente a evitar que la ruptura o cesación de la vida conyugal suponga para uno de los esposos un descenso del nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de esta relación, con independencia de la situación de necesidad mayor o menor del acreedor, dada la naturaleza esencialmente no alimenticia de la misma, pero teniendo en cuenta las expectativas de bienestar económico que la situación matrimonial pudiera haber ido creando en el cónyuge solicitante, en base a las condiciones de índole material bajo las que hubiere desarrollado y conformado la vida conyugal, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación determinado automáticamente por el hecho de contraer matrimonio".<sup>56</sup>

La compensación económica no responde a la estructura y criterios propios de la responsabilidad civil. Y ello principalmente por tres razones:

1) No concurre el elemento esencial del daño, que sobrentiende de la antijuridicidad y la imputación causal a la conducta de otro. Técnicamente no es correcto decir que el cónyuge más débil ha sido víctima de un daño. No puede afirmarse que el autor de ese menoscabo sea el cónyuge deudor. La ley impone la obligación de compensar porque el divorcio o nulidad causa un menoscabo que tiene su causa última en cómo se desarrolló la vida matrimonial, sin interesar por qué el cónyuge acreedor optó por dedicarse a la familia, renunciando a su desarrollo profesional o laboral. Llevando las cosas a un extremo, podría decirse que fue el mismo cónyuge beneficiario el que se autoinfiere el menoscabo al optar por dedicarse a la familia. Estrictamente el menoscabo proviene de las referidas condiciones de la vida matrimonial.

<sup>55</sup> Audiencia Provincial de Cádiz, Aranzadi Civil, p. 166.

<sup>56</sup> Audiencia Provincial de Toledo, Aranzadi Civil, p. 1567.



ii) La compensación procede al margen de la culpa del cónyuge deudor,<sup>57</sup> y de cualquiera otra valoración de su conducta, pudiendo perfectamente ser el cónyuge inocente su deudor y el culpable su acreedor (artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil), o su acreedor quien haya solicitado el divorcio unilateralmente (artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil). Procede en toda clase de divorcio y a favor del cónyuge que experimenta un menoscabo. Distinto es que el legislador considere para admitir la compensación o medir su cuantía, la culpa o la buena o mala fe del cónyuge que la demanda. Quiere decir que si la causa de divorcio es imputable a ese cónyuge o si celebró el matrimonio de mala fe, el juez bien puede denegar la compensación, bien puede disminuirla prudencialmente. La culpa o la mala fe no inciden en la imposición de la obligación, sino en su titularidad o monto. Interesa la culpa o mala fe del cónyuge beneficiario, no así del obligado a pagarla.<sup>58</sup> La obligación de compensar se desenvuelve sobre la base de criterios estrictamente objetivos.<sup>59</sup>

iii) No concurre aquí el principio propio de la responsabilidad civil, que consiste en restituir las cosas al estado anterior, no es función de la compensación ubicar al cónyuge en la misma situación como si el matrimonio no se hubiese celebrado o su terminación no hubiese tenido lugar. La mirada es hacia el futuro.

Habría que preguntarse, entonces, qué es la compensación económica o cuál es su verdadera naturaleza jurídica. Intentaré aproximarme a ello a continuación.

<sup>57</sup> Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, cit. (n. 13), p. 420. PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 2), p. 89.

<sup>58</sup> En contra: TURNER, Susan, cit. (n. 13), p. 100. La profesora sostiene que en el sistema que instaura la Ley de Matrimonio Civil consagra un nuevo criterio de atribución y de determinación de la compensación económica: la culpabilidad de alguno de los cónyuges. Y agrega que tanto la circunstancia de la buena fe o mala fe introducida en el artículo 62, como la remisión de su inciso 2° al divorcio por culpa, denotan una concepción de compensación económica como la sanción pecuniaria ligada al divorcio.

<sup>59</sup> Cabe consignar que no es suficiente para excluir la idea de la responsabilidad civil el que la ley no considere la culpa del deudor; porque hay otros factores de imputación que tampoco integran el supuesto típico de la compensación. No es extraño que el derecho de daños abandone el criterio de la culpa y atribuya responsabilidad apoyándose en otros criterios, como el riesgo o la posibilidad de controlarlo en determinadas circunstancias.



### 3. OBLIGACIÓN LEGAL DE COMPENSAR EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO QUE CAUSA UN MENOSCABO AL CÓNYPUGE MÁS DÉBIL

a) La compensación económica no constituye una responsabilidad civil. La compensación económica es una obligación legal impuesta a uno de los ex cónyuges cuyo objeto es corregir el desequilibrio económico que el divorcio o la nulidad produce. El acreedor de dicha obligación es aquel cónyuge dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, siempre y cuando el divorcio o la nulidad le hayan irrogado dicho menoscabo.

No hay responsabilidad civil, sencillamente la ley reacciona ante el menoscabo económico y protege al cónyuge que lo experimenta. Y el legislador chileno lo hizo inclinándose por poner de cargo del otro cónyuge la obligación de compensar al más débil; pudiendo haber optado por otra solución, como la subsistencia del deber de socorro o trasladando el costo de la compensación al Estado, mediante el establecimiento de un sistema de seguridad social.<sup>60</sup>

El título que justifica la imposición de la obligación de compensación al cónyuge deudor es la propia ley. La compensación no repara el menoscabo, sino que lo corrige, y de esa forma se previene un empeoramiento del cónyuge más débil. Para ello el legislador obliga a considerar el pasado para el solo efecto de mirar hacia el futuro.<sup>61</sup> En el pasado están las condiciones en las que se desarrolló la vida matrimonial y en el futuro las condiciones en que cada cónyuge enfrentará su vida futura. Aparecen dos palabras claves vinculadas con la función de la compensación: corregir y prevenir ¿Y cómo lo logra? Proporcionando al cónyuge acreedor una base cierta para que encare su vida futura separada en unas condiciones similares a las que gozaba durante el matrimonio y que, en todo caso, le asegu-

<sup>60</sup> Según la profesora Roca Trías, frente a las consecuencias económicas que produce el divorcio puede optarse entre un sistema público de pensiones o uno privado de soporte por parte del ex cónyuge, siendo probablemente una solución correcta aquella que permitiera al cónyuge pasar a depender del sistema de asistencia social cuando no acredita ya más derecho a socorro mutuo y la consiguiente obligación de alimentos frente a su cónyuge, porque se ha divorciado; pero esta propuesta es utópica en España, país en el cual hoy día está en cuestión el Estado del bienestar. ROCA TRÍAS, Encarna, cit. (n. 11), pp. 176-177.

<sup>61</sup> Cfr. con SERIAUX, Alain, cit. (n. 49), p. 53. El autor expresa que la prestación económica del derecho francés viene a perpetuar un pasado que incluye la representación de un futuro previsible.



ren una cierta autonomía económica. No se trata de garantizar la conservación del estatus económico matrimonial, sino más bien una vida separada autónoma económicamente. Lo primero supondría atribuir al matrimonio ciertos efectos que se extenderían más allá de su terminación. El punto de partida para decidir sobre la procedencia, o no, de la compensación económica es considerar que los cónyuges son capaces de autosatisfacerse económicamente. Es por ello que los primeros criterios que aplicará el juez son el de la situación patrimonial de los cónyuges, la cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge más débil.

A pesar que el tenor literal del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil da la impresión que la expresión compensar significa indemnizar, y menoscabo económico una especial clase de daño,<sup>62</sup> a mi juicio el legislador emplea la expresión compensar en otro sentido; significando igualar en opuesta dirección el efecto de una cosa con el de otra. Este sentido de igualar —la situación económica de los cónyuges— aparece más claro y apropiado a la finalidad perseguida por la institución que se hace objeto de estudio y sus fundamentos jurídicos; y sobre todo si recurre a las disposiciones homólogas de los sistemas que le sirvieron de modelo, en particular, las de los artículos 270 del Código Civil francés y 97 del Código Civil español. Según la primera, la ley impone la obligación de compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio hubiera creado en las condiciones de vida respectivas; y conforme la segunda, se impone cuando el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Quiere decir, entonces, que conforme a estas disposiciones, la prestación o pensión compensatoria tiene por finalidad corregir el desequilibrio económico entre los cónyuges; o la disparidad en las respectivas condiciones de vida, ello en miras a la vida futura y separada de los cónyuges, en especial, del más débil.

<sup>62</sup> Así se recoge: PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 88. El autor expresa "la propia expresión compensación conlleva de manera inevitable la idea de indemnización. El texto legal señala que se trata de "compensar" el "menoscabo económico". La compensación involucra una pérdida consumada o, al menos, previsible, en razón de un hecho acaecido con anterioridad. En este sentido la compensación económica se asemeja al lucro cesante, entendido éste como las ganancias no percibidas en razón de un ilícito civil. Surge la necesidad, entonces, de evaluar la relación entre la compensación económica y la responsabilidad civil".



La aplicación de estas disposiciones implica comparar la situación económica de los dos cónyuges, y si de ello aparece un desequilibrio o disparidad, la prestación o pensión compensatoria busca dejarlos en un pie de igualdad para comenzar una vida separada y autónoma. Esta igualación debe entenderse, entonces, como una nivelación de situaciones económicas desequilibradas o dispares.

En Chile a partir de un juicio de previsibilidad respecto de la situación económica futura del cónyuge a quien el divorcio o nulidad causa un menoscabo, debe calcularse una suma alzada que represente la base cierta y correctora de la que se habla, zanjándose de una vez y definitivamente el problema. Desde esta perspectiva nuestro sistema de compensación se aproxima al del derecho civil francés y se aleja del español.

El significado de compensación propuesto calza perfectamente con la compensación del derecho alemán<sup>63</sup> de los derechos de pensión —públicos o privados— adquiridos durante el matrimonio. Se trata de una institución ajena al ordenamiento jurídico chileno; sin embargo creo que el fundamento y la finalidad de ella coinciden con los de nuestra compensación económica. La idea de esta institución es que los cónyuges divorciados deben compensarse recíprocamente los derechos futuros de pensión de vejez e invalidez. Se calculan los derechos futuros de que serán titular uno y otro cónyuge, de manera que el que se encuentra en una mejor situación —quien los ha adquirido en una mayor cuantía— deberá procurar al otro una suma equivalente a la mitad del valor del excedente.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Véase: el § 1587 (1) del BGB alemán "(1) Habrá una pensión compensatoria entre los cónyuges divorciados en caso de que durante el matrimonio se hubieran constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos las esperanzas de derecho o expectativas de un futuro pago de una pensión por causa de edad o de incapacidad laboral o profesional de las mencionadas en el § 1587 apartado 2. No se tomarán en cuenta las esperanzas de derecho o expectativas de pago que no hubieran sido constituidas o mantenidas en base al trabajo o al patrimonio de los cónyuges"; y el § 1587 a (1) "(1) El cónyuge obligado a compensar será aquel con las esperanzas de derechos o expectativas de pago más elevadas en cuanto a su valor, relativas a una pensión a compensar. Al cónyuge beneficiario le corresponderá la mitad de la diferencia de valor como compensación".

<sup>64</sup> Se asemeja a la función del régimen de participación en los gananciales. Sin embargo, no se trata propiamente de una ganancia, sino de una inversión hecha durante el matrimonio y que uno de los cónyuges, o no la pudo hacer por dedicarse al hogar común o a los hijos o bien la hizo en una menor medida que su otro cónyuge. Es decir, detrás de esta institución —compatible con el derecho a mantenimiento posterior al divorcio [pensión alimenticia] regulada por los § 1569 a 1586 del BGB— está el mismo fundamento y finalidad de la compensación económica de la Ley de Matrimonio Civil chilena.



Esta nivelación o igualación, sinónimas de compensación, como se ha explicado, exigen al juez considerar el pasado para el solo efecto de mirar hacia el futuro.

Entonces, no se trata de igualar patrimonios, sino condiciones económicas para enfrentar el futuro. No quiere decir que la situación patrimonial de los cónyuges no sea relevante; por el contrario, lo es y bastante, al punto que su consideración podría llevar a excluir la compensación o rebajarla considerablemente o bien justificarla del todo.<sup>65</sup>

De lo hasta aquí expresado puedo concluir que la compensación económica no constituye una forma de responsabilidad civil; ella es una obligación impuesta por la ley a uno de los cónyuges que tiene por objeto corregir el menoscabo económico que como efecto inmediato produce el divorcio o la nulidad. De forma que al momento de contraer matrimonio cada uno de los cónyuges tendrá que contar con la posibilidad que si el otro cónyuge durante su vigencia deja de desarrollar una actividad remunerada por dedicarse a la familia y sobreviene su terminación, podrá quedar obligado, atendidas ciertas circunstancias, a pagar una suma de dinero o una prestación suficiente para que el beneficiario rehaga su vida separada y consiga un status económico autónomo adecuado al que poseía durante el matrimonio. Ambos cónyuges tienen el título legal para demandar la compensación, pero dependiendo de cómo se desenvuelva la vida matrimonial, resultará si nace o no el derecho y quien será su eventual titular. Si tuviese que expresarlo en términos de responsabilidad contractual, el menoscabo económico por divorcio o nulidad es en todo caso previsible al momento de la celebración del matrimonio y, por consiguiente, debe contarse con la posibilidad de quedar obligado a compensarlo si el matrimonio termina. La compensación económica se suma a los efectos patrimoniales del matrimonio e integra el cúmulo de expectativas que emana del estatuto protector del matrimonio, y que puede con-

<sup>65</sup> Como se verá en el caso chileno, perfectamente es dable plantearse casos en los que a pesar de concurrir el supuesto típico del artículo 61, la compensación queda excluida dado que la nulidad o el divorcio no provocó menoscabo económico en ese cónyuge, porque tiene bienes suficientes —cualquiera sea su origen— para rehacer su vida separada autónomamente.



cretarse cuando termine por una causa diversa a la muerte de uno de los cónyuges.

En la doctrina española, la profesora García Rubio<sup>66</sup> rechaza de plano la naturaleza indemnizatoria de la pensión económica y entiende que la pensión actúa como remedio corrector del desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata del divorcio. No le parece que la configuración indemnizatoria sea la más satisfactoria, dado que debe tenderse a que las personas divorciadas sean en lo posible autosuficientes y se procuren de manera independiente sus propios medios de vida sin tratar de basar en el matrimonio deshecho una renta posición y por esta consideración cree que el único fundamento que puede llegar a justificar la existencia de una prestación económica entre los divorciados es, precisa y únicamente, la necesidad de uno de ellos, pero no cualquier necesidad, sino aquella que haya tenido su causa desencadenante en el anterior matrimonio y en el posterior divorcio.<sup>67</sup> Por su parte, la profesora Roca Trías reconoce que la pensión compensatoria tiene por finalidad evitar que un cónyuge salga perjudicado a costa de otro como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad de no continuar casado.<sup>68</sup> Y, como se ha visto, en la jurisprudencia española la pensión compensatoria cumple una verdadera función niveladora al permitir que el cónyuge perjudicado pueda rehacer su vida y conseguir un status económico autónomo.

b) La compensación económica y las denominadas indemnizaciones por sacrificio. La compensación económica, así concebida, se asimila a aquellos casos en los que la ley obliga a una persona al pago de una indemnización que no constituye manifestación de una responsabilidad civil propiamente dicha, por no concurrir sus elementos caracterizadores. La ley impone la obligación de realizar una prestación dineraria a la que llama indemnización y el fundamento jurídico de esta imposición es, o una desigual distribución de cargas, o una situación de sacrificio especial o simplemente una situación de enriquecimiento

<sup>66</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, cit. (n. 26), pp. 155-156.

<sup>67</sup> Cabe precisar que previo a esta reflexión la profesora separa claramente la pensión compensatoria por divorcio de los alimentos debidos por ley.

<sup>68</sup> ROCA TRÍAS, Encarna, cit. (n. 11), pp. 178-179.



a expensa de otro. En la doctrina española Díez-Picazo denomina a estas prestaciones indemnizaciones por sacrificio y al referirse a ellas afirma que el hecho de que la responsabilidad extracontractual cumpla una función de indemnizar un daño obliga a separar las compensaciones que las leyes atribuyen a determinados sujetos como consecuencia de una pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a sus titulares. Y agrega que en las leyes y en la práctica jurídica se las denomina a estas compensaciones a veces indemnizaciones, sin que exista inconveniente en admitir un uso amplio y equívoco de la palabra, siempre que se tenga bien claro que las indemnizaciones por sacrificio son netamente distintas de las genuinas indemnizaciones de daños.<sup>69</sup> En Chile, el profesor Hernán Corral Talciani, siguiendo al autor español, explica que en ocasiones las leyes emplean el vocablo indemnización de un modo amplio para designar una suma que debe pagarse al que soporta una carga o privación de un derecho por un imperativo jurídico justificado y cita los casos de expropiación por causa de necesidad o utilidad pública del artículo 19 N° 24 de la Constitución y el de las servidumbres legales del artículo 847 del Código Civil o las establecidas por otras leyes especiales.<sup>70</sup> Estos casos de indemnización tienen un régimen propio y obedecen a principios diversos de los de la responsabilidad civil.<sup>71</sup>

Podría sumarse a los ejemplos propuestos por el profesor Corral el de la compensación por menoscabo económico. Ella no constituye una forma de responsabilidad civil. La expresión compensación no es sinónimo de indemnización en sentido estricto, sino de corrección, nivelación o igualación. Como explica Díez-

<sup>69</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños* (Madrid, 1999), pp. 56-57.

<sup>70</sup> También se ubican dentro de esta idea los supuestos típicos de enriquecimiento sin causa en los que la ley emplea la expresión indemnización para referirse a la restitución a que da lugar, como ocurre en el caso de la responsabilidad del que recibe provecho del dolo ajeno según los artículos 1458 y 2316 del Código Civil; quien no es responsable por el daño causado, sino simplemente obligado a la prestación de una suma de dinero hasta el importe de su provecho. Claramente el fundamento no es el daño inferido a otro, sino el enriquecimiento a costa del daño de otro.

<sup>71</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Chile, 2003), pp. 61-63.



Picazo, si para aludir a la compensación económica se emplea la expresión indemnización debe tenerse muy claro que no corresponde a la genuina indemnización de daños propia de la responsabilidad civil. El derecho a la prestación que se reconoce al cónyuge más débil se explica en último término en su sacrificio durante el matrimonio en provecho de la comunidad de vida que implica esta unión y el no hacer participar al otro cónyuge de su status económico resulta abiertamente injusto.

#### 4. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Si se acepta que la compensación económica no tiene una naturaleza jurídica indemnizatoria propiamente dicha, no procede recurrir a las reglas y principios comunes de la responsabilidad civil por delito o cuasidelito para suplir sus vacíos o lagunas, ni como criterios de interpretación de los preceptos que la regulan. Tales vacíos o lagunas se suplirán recurriendo a las reglas generales en materia de efectos de las obligaciones, incluidas aquellas que disponen sobre las consecuencias de su incumplimiento, que son las propias de la responsabilidad contractual.

Consiguientemente, la extensión de la compensación queda suficientemente delimitada, comprendiendo una suma de dinero o bienes que permita al cónyuge más débil rehacer su vida en un plano de igualdad con el otro obligado a pagarla, de manera que consiga un status económico autónomo adecuado al que poseía durante el matrimonio. Se excluye, entonces, el lucro cesante, que algunos autores estiman comprendido en la compensación y que se justificaría porque el cónyuge dejó de percibir una remuneración por dedicarse a la familia, o una parte de dicha remuneración por no haber podido desarrollar una actividad remunerada en la medida que podía y quería. Tampoco comprendería las remuneraciones por dicha dedicación. La inclusión de estas partidas atenta contra la propia idea de la comunidad de vida originada por el matrimonio y que supone que los cónyuges recíprocamente aportan algo que luego se confunde con un todo indivisible. El punto de partida es que el rol de cada uno de los cónyuges en esta comunidad responde al libre ejercicio de una opción personal. De esta perspectiva, también excede a la com-



compensación económica la indemnización de la pérdida de los costes de oportunidad del cónyuge más débil, dado que es él el que sencillamente canjea el coste de oportunidad laboral por otra clase de beneficios vinculados con su satisfacción o realización personal. Podría estimarse que la interpretación que aquí se hace no se compadece con la inclusión, entre las circunstancias relevantes del citado artículo 62, de la colaboración que hubiere prestado el cónyuge más débil a las actividades lucrativas del otro cónyuge. Pero no es así, porque precisamente la ley considera esa circunstancia porque ella representa una muy especial justificación para nivelar el estatus económico de los cónyuges, dado que ese cónyuge después del divorcio o nulidad no tendrá sistema previsional ni de salud, que sí hubiese tenido desarrollando esa misma actividad en forma separada; y, probablemente, tampoco posibilidades de acceder al mercado laboral.

Finalmente, si el cónyuge estima que el otro le ha inferido un daño con ocasión de la conducta que configura la causal de divorcio sanción (artículo 54 Ley de Matrimonio Civil), puede demandarlo en sede de responsabilidad civil extracontractual según las reglas generales y la indemnización que pretenda y al final consiga, será compatible con la compensación económica si el que la demanda es el cónyuge beneficiario. Y, como la compensación actúa al margen de la culpa del cónyuge deudor, bien podría ocurrir que sea éste, a su vez, el acreedor de la indemnización de daños.

## V. LA COMPENSACIÓN POR MENOSCABO ECONÓMICO. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES

### I. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA COMPENSACIÓN POR MENOSCABO ECONÓMICO

La compensación por menoscabo económico es la prestación a que tiene derecho el cónyuge que durante el matrimonio no se dedica a una actividad remunerada como podía y quería por dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común y a quien el divorcio o la nulidad matrimonial le causa un menoscabo económico. Desde la perspectiva del cónyuge deudor, la com-



pensación representa una obligación impuesta por la ley a favor del cónyuge beneficiario y que tiene por objeto corregir el desequilibrio o disparidad económica que se produce con la terminación del matrimonio. Como se ha explicado arriba, con la compensación económica se persigue ubicar a los cónyuges divorciados en un plano de cierta igualdad para rehacer cada uno su vida futura separada.

Los elementos constitutivos de la compensación o de necesaria concurrencia para que nazca la obligación y el correlativo derecho a exigirla, son los que siguen: a) Que uno de los cónyuges se haya dedicado durante el matrimonio, exclusiva o preferentemente, al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común; b) Que por esa dedicación —y no por otra causa— ese cónyuge no haya desarrollado una actividad remunerada o lo haya hecho en una menor medida que la que podía y quería; y c) Que el divorcio o nulidad matrimonial cause a ese cónyuge un menoscabo económico.<sup>72</sup>

El posible acreedor o beneficiario de la compensación es el cónyuge respecto de quien concurren los dos primeros elementos. Este es el cónyuge más débil para los efectos de esta institución. Sin embargo, no quiere decir que la sola concurrencia de estos dos elementos determine el derecho a la compensación del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil o, expresado en otros términos, no necesariamente el cónyuge del supuesto que sufre un menoscabo si el matrimonio termina por divorcio o nulidad. Es probable que así sea, pero dependerá, en último término, de la consideración de las circunstancias del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, esenciales para determinar la existencia del menoscabo económico y su compensación. Por esta razón se presenta como un tercer elemento, distinto de los anteriores, la existencia del menoscabo

<sup>72</sup> En la doctrina, el profesor Pizarro Wilson señala que las condiciones o elementos necesarios para que proceda la compensación económica son: a) Dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. b) Ausencia o reducción en la actividad remunerada del cónyuge beneficiario. c) Menoscabo económico. Además, Pizarro Wilson sostiene que puede señalarse que una condición eventual de la compensación económica tratándose del divorcio basado en la culpa consiste en que el juez no aplique la prerrogativa otorgada en el citado artículo 62 que le autoriza a declarar improcedente la compensación, pese a la existencia del menoscabo o a reducir su cuantía. PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), pp. 91-92.



económico del cónyuge más débil. Si luego de ponderar las circunstancias referidas resulta que la ruptura del vínculo no causa menoscabo, no habrá más remedio que negar lugar a la demanda de compensación.<sup>73</sup>

a) Supuesto típico de la compensación económica. El supuesto único de la compensación económica es el descrito por el artículo 61 y que coincide con sus dos primeros elementos constitutivos. Uno de los cónyuges ha optado, sin interesar sus razones,<sup>74</sup> por dedicarse a la familia, renunciando a desarrollar una actividad remunerada como podía y quería. La causa determinante de su renuncia debe ser la dedicación, durante el matrimonio, a la familia y no otra. Están presentes los elementos genéticos de la compensación, representados por las circunstancias en las que se desenvolvió la vida matrimonial y que sólo con el divorcio o nulidad afloran en la forma del desequilibrio o disparidad en que consiste el menoscabo.

Como ya se ha anticipado, la causa inmediata del menoscabo económico es el divorcio o nulidad y su causa mediata, pero determinante, está en el pasado, en las condiciones de la vida matrimonial a las que se refiere el artículo 61. El menoscabo económico relevante es el originado por la circunstancia que el cónyuge no pudo desarrollar una actividad remunerada por dedicarse a la familia. El artículo 61 reconoce expresamente la distinción entre causa inmediata y mediata al prescribir que se tendrá el derecho a la compensación cuando se produzca el divorcio o la declaración de nulidad (causa inmediata), siempre que el cónyuge sufra un me-

<sup>73</sup> Lo dicho viene confirmado por los propios artículos 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil. De un extremo, el artículo 61 prescribe que el cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada tendrá derecho a que se le compense el menoscabo sufrido por esta causa cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad. O sea, el derecho a la compensación nace cuando se produce el menoscabo económico y no es un efecto necesario de la concurrencia del supuesto de la norma. Y, de otro, el artículo 62 prescribe lapidariamente "para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará especialmente(...)."

<sup>74</sup> El profesor Pizarro Wilson expresa: "No reviste importancia si la dedicación al cuidado de los hijos o a las tareas propias del hogar común tuvieron su origen en la voluntad del cónyuge beneficiario o en una situación impuesta, ya sea por el otro cónyuge o por las circunstancias. Se trata de un elemento objetivo que debe acreditarse por el cónyuge demandante", PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 92.



noscabo económico por causa de no haberse dedicado a una actividad remunerada (causa mediata).<sup>75</sup> Si no se declara el divorcio o la nulidad, aunque durante el matrimonio concurra el supuesto típico, no habrá lugar a la compensación.

Los casos que más dificultades presentarán en la práctica son aquellos en los que el cónyuge que demanda la compensación no dejó de desarrollar una actividad remunerada, pero sí afirma que lo hizo en una menor medida que la que podía y quería. Y los que pueden presentarse son variados; más aún si se parte de la base que ambos cónyuges, por el solo hecho de contraer matrimonio, renuncian a parte de su desarrollo personal o profesional por dedicarse, en mayor o menor medida, a la familia. El artículo 62 del proyecto del Senado se hacía cargo de esta situación y reconocía el derecho a la compensación económica al cónyuge que se ha "dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común". Sin embargo, la ley no hace esta distinción y de ello se infiere que el cónyuge que pretende la compensación sólo deberá probar que por su dedicación a la familia no pudo desarrollar una actividad como podía y quería y que de la declaración de divorcio o nulidad se sigue un menoscabo económico.

b) El menoscabo económico sufrido por el cónyuge. Como se ha dicho, no basta con que concurra el supuesto típico de la compensación, es esencial el tercer elemento constitutivo, el menoscabo económico, que no se presume,<sup>76</sup> es necesaria su prueba, incluida la de las circunstancias que, a título ejemplar, enumera el artículo 62 de la ley y la de otras que justificadamente se estimen pertinentes. La prueba que rinda el cónyuge solicitante recaerá sobre el supuesto típico del artículo 61, la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación, reconociendo que sobre este último punto prevalecerá la valoración prudencial del juez.

<sup>75</sup> Así recoge en CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, cit. (n. 49), p. 26. La profesora expresa: "Es indudable que el derecho de pensión, si bien nace como consecuencia del divorcio o la separación, trae su causa mediata de la situación mantenida por los esposos durante el matrimonio".

<sup>76</sup> Con un planteamiento distinto: PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 92. El profesor Pizarro Wilson expresa que "el hecho objetivo de haberse dedicado al cuidado de los hijos o trabajar en menor medida, conlleva un menoscabo económico que debe compensarse".



Pero ¿qué debe entenderse por menoscabo económico? De la historia del establecimiento de la ley, de los modelos de derecho comparado relevantes y de la opinión de los autores nacionales, aparece que es el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio para enfrentar sus vidas separadas en el futuro. El desequilibrio o disparidad de que se habla se manifiesta en que el cónyuge que se dedicó a la familia durante el matrimonio queda en un plano de desigualdad respecto del otro que desarrolló una actividad remunerada y que de no mediar la compensación empezará su vida separada un pie más atrás sin poder alcanzar un estatus económico autónomo adecuado al que tenía durante el matrimonio.

Pero no basta con considerar objetivamente el desequilibrio o disparidad, basado en la situación patrimonial de los cónyuges, particularmente del cónyuge demandante y su actual capacidad de generar ingresos; no, el concepto de menoscabo económico es bastante más complejo y obliga a tomar en cuenta todas las circunstancias del artículo 62 y otras que el juez estime apropiadas para el caso concreto. El concepto de menoscabo es uno de carácter subjetivo<sup>77</sup> y hace necesaria la proyección hacia el futuro de las condiciones económicas que puede alcanzar el cónyuge afectado después del divorcio o nulidad, sobre la base de un juicio de previsibilidad que se asienta en tales circunstancias. Quiere decir que a pesar de la objetiva disparidad, si se atiende a las restantes circunstancias, puede llegarse a concluir que no existe menoscabo, porque en realidad los cónyuges están en igualdad de condiciones económicas para enfrentar el futuro. Esta concepción subjetiva es también útil para cuantificar la compensación.<sup>78</sup> Para ilustrar sobre lo expresa-

<sup>77</sup> En este sentido TURNER, Susan, cit. (n. 46), p. 100. La profesora afirma que "el art. 62 sigue la tesis subjetiva del derecho español al señalar que las circunstancias en él indicadas sirven para determinar tanto la existencia del menoscabo económico como la cuantía de la compensación. Es decir, tales circunstancias no sólo cumplen una función de cuantificación del menoscabo, sino que condicionan su propia existencia". Y después añade: "[...] con esta concepción se disipa en parte el peligro de ver en la compensación económica derivada de una mera comparación aritmética de patrimonios, un derecho a mantener el nivel de vida del matrimonio o un derecho a nivelación o a una indiscriminada igualación y nos acercamos 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".

<sup>78</sup> La distinción entre menoscabo económico objetivo y subjetivo se recoge de la doctrina española. La profesora García Rubio explica una concepción objetiva de desequilibrio económico (que es el presupuesto en el Código Civil español) y



do acerca del concepto subjetivo de menoscabo económico me permito proponer el siguiente caso hipotético.

El cónyuge que se encuentra en el supuesto del artículo 61 tiene treinta y ocho años de edad y trabaja en la calidad de profesional con dedicación de media jornada en una empresa y percibe una remuneración mensual de \$ 500.000. Al momento de presentarse la demanda este cónyuge, aparte de su trabajo, tiene ahorros y es dueño de un inmueble y de otros bienes muebles importantes. El otro cónyuge, de 45 años, trabaja como funcionario de planta en un banco jornada completa y su remuneración es de \$ 1.300.000 mensuales y tiene bienes de considerable valor, pero también deudas importantes originadas durante el matrimonio. El matrimonio duró cinco años, tienen un hijo nacido antes del matrimonio, de catorce años, y el régimen económico matrimonial habido entre ellos era la separación total de bienes. Si se aprecia objetivamente si hay o no menoscabo, la respuesta es evidente: lo hay. Sin embargo, al apreciar todas las circunstancias del artículo 62, el desequilibrio o disparidad o bien la desigualdad de condiciones es más aparente que real. La situación del cónyuge virtualmente beneficiario es mejor que la del virtualmente deudor. El primero, a pesar de percibir ingresos inferiores, tiene bienes y carece de deudas; posee una cierta cualificación profesional; y considerando que desarrolla una actividad remunerada y su edad, las posibilidades de acceder a un mejor puesto de trabajo o de mejorar sus actuales condiciones son realmente cier-

conforme a ella es una pura y simple alteración patrimonial negativa experimentada por uno de los cónyuges como consecuencia del divorcio, cuya constatación puede hacerse de una manera objetiva, bastando para ello la constatación de los patrimonios conyugales ex ante y ex post del divorcio, de suerte que para apreciar el mentado desequilibrio ningún papel cabría otorgar a la serie de circunstancias que enumera el propio artículo 97 del Código Civil español (equivalente al artículo 62 de la ley de Matrimonio Civil), las cuales sólo servirían como elementos cuantificadores del montante de la pensión. Por el contrario, la segunda concepción —la subjetiva— parte de la idea de que el desequilibrio —presupuesto de la pensión compensatoria— tiene un contenido complejo, más allá de la mera cuantificación de los patrimonios de los esposos y para cuya delimitación juegan un papel destacado las mencionadas circunstancias, las que no serían únicamente criterios de cuantificación de la pensión, sino elementos definitorios de aquel desequilibrio. La autora explica que la jurisprudencia española ha otorgado gran importancia a las circunstancias del artículo 97 y en particular ha dado especial relieve al estado de salud y edad del cónyuge que reclama la pensión, su calificación profesional y posibilidades de acceso al empleo, su caudal y recursos económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. GARCÍA RUBIO, María Paz, cit. (n. 26), pp. 153-154. También en CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, cit. (n. 49), pp. 85-86.



tas. Distinta es la situación del otro cónyuge, quien seguramente ya alcanzó el tope en su carrera como funcionario y está repleto de deudas. Asimismo, incidirá en el análisis la duración del matrimonio, porque cinco años podrían estimarse como insuficientes para crear la confianza acerca de los beneficios del estatuto del matrimonio; y, finalmente, pese a que el artículo 62 no la contempla como circunstancia relevante, lo será la dedicación futura a la familia y, en especial, al hijo, que en este caso tiene la edad de catorce años.

El cónyuge al que se refiere el artículo 61 no puede adoptar una actitud de pasividad y pretender que sea el otro cónyuge, que ya no lo es, quien le provea lo necesario para su subsistencia, no es esa la finalidad de la compensación económica. No se trata de garantizar la manutención del estatus económico que se tenía durante el matrimonio, sino sencillamente de corregir el desequilibrio, asegurando el inicio de una vida separada autónoma. Esta finalidad presupone la actividad o iniciativa del cónyuge más débil. La compensación económica, como efecto postmatrimonial, debe estimarse como de aplicación restrictiva, porque el punto de partida es la autosuficiencia de cada cónyuge para proveerse lo necesario para su congrua sustentación. Esta es la regla general y la excepción estará representada por los casos en los que la edad o estado de salud del cónyuge más débil o su falta de cualificación profesional y escasas posibilidades de acceso al mercado laboral, descartarán este tipo de consideraciones y el menoscabo económico objetivo coincidirá con el subjetivo, reduciéndose el problema a uno de cuantificación de la compensación.

La determinación de la existencia del menoscabo económico del cónyuge más débil obliga al juez a mirar hacia el pasado, situarse en el presente e inmediatamente dirigir la mirada hacia el futuro, uno previsible según el curso normal de las cosas. En el pasado está la dedicación del cónyuge más débil a la familia, que es la causa de que no haya podido desarrollar una actividad remunerada como podía y quería. Este pasado también servirá para apreciar en qué condiciones económicas se desenvolvía la familia, su estatus económico. En el presente se aprecia la situación personal en que está cada cónyuge para rehacer su vida separada. Y la mirada hacia el futuro significa proyectar la situación del cónyuge más débil considerando sus circunstancias particulares, en especial, su situación patrimonial, su edad, su estado de salud, su cualificación profesional y las posibilidades de acceder al mercado laboral, su situación previsional y otras



relevantes.<sup>79</sup> Si de esa proyección resulta que el cónyuge no podrá alcanzar un estatus económico independiente, a diferencia del otro, quiere decir que existe menoscabo económico y que debe compensarlo este último, que es el deudor según el artículo 61.

Por consiguiente, el menoscabo económico se identifica con el desequilibrio o disparidad y su compensación se traduce en su corrección mediante una prestación apropiada para evitar el empeoramiento de la posición del cónyuge más débil.

En la doctrina española, Campuzano Tomé define el desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil como la disminución patrimonial que, como consecuencia de las circunstancias que guiaron la vida matrimonial, experimentan las condiciones de vida materiales de uno de los cónyuges al momento de cesar la convivencia matrimonial, situándole en una posición desfavorable respecto a la del otro esposo y a la que disfrutaba durante el período de normalidad del matrimonio.<sup>80</sup> La autora localiza su interés en el pasado y en el presente; sin embargo, de su concepto se infiere que lo que trata de evitar en el futuro es un empeoramiento de su situación económica.

En consecuencia, el menoscabo económico no constituye un daño como el que sirve de fundamento para la responsabilidad civil. No comprende ni el lucro cesante, ni la remuneración por los servicios domésticos, ni la pérdida de costes de oportunidad. Todas estas nociones se contradicen con la naturaleza misma de la compensación y con su objeto.<sup>81</sup> No se trata de indemnizar daños pasados experimentados durante el matrimonio por haberse dedicado a la familia, sino de corregir o nivelar una desigualdad a fin de evitar un perjuicio futuro. Corregir y prevenir.

<sup>79</sup> Todas circunstancias previstas por el inciso primero del artículo 62, Ley de Matrimonio Civil.

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> En contra BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, cit. (n. 2), p. 425. Los autores entienden al menoscabo económico como sinónimo de "perjuicios experimentados por el cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común", perjuicios que, a juicio de ellos, cubren al menos los siguientes dos ámbitos: "a) Lo que el cónyuge dejó de percibir o ganar, como consecuencia de no haber desarrollado una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería. b) El perjuicio consistente en el coste de oportunidad laboral, por no haber podido prepararse y desarrollarse profesionalmente para mantener o incrementar sus posibilidades de acceso al trabajo en condiciones de mercado". La debilidad de esta tesis radica en que no considera que el cónyuge que no trabaja contribuye a las cargas de familia con su dedicación a los hijos y al hogar, a diferencia del otro que lo hace con su actividad remunerada.



## 2. LA EXISTENCIA DEL MENOSCABO ECONÓMICO Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

El legislador enumera, por vía ejemplar,<sup>82</sup> las circunstancias que el juez considerará no sólo para determinar la cuantía de la compensación, sino, lo que es más importante, la existencia misma del menoscabo económico cuya compensación se reclama.<sup>83</sup> La función de estas circunstancias o factores se vincula con la noción subjetiva de menoscabo económico, con su existencia, y con la cuantificación de la compensación. En otros términos, las circunstancias del artículo 62 permiten descifrar si el divorcio o nulidad causan un menoscabo y su entidad, a partir de la cual se llega al quantum de la compensación. Por ello, la sentencia, sea ésta favorable o contraria a los intereses del cónyuge que reclama la compensación, debe necesariamente fundarse en estas circunstancias. El límite de la discrecionalidad judicial en esta materia está en los criterios del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil y en otros que fundamentalmente se consideren pertinentes.

A diferencia de los modelos del derecho comparado, el legislador incorpora al supuesto típico de la compensación una de las circunstancias, que al ser de concurrencia necesaria, debe estimarse esencial. El único cónyuge beneficiario es el que se dedicó a la familia durante el matrimonio, sin tener cabida otro modelo. La consideración de las circunstancias del artículo 62 presupone la concurrencia de la esencial. Esta circunstancia esencial se vincula con el pasado, al que el juez forzosamente debe dirigir su mirada. Sin embargo, las del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil lo hacen con el pasado y presente. En el pasado, se suman a la referida dedicación a la familia, el tiempo de duración del matrimonio y de la vida en común y la colaboración que hubiere prestado el cónyuge beneficiario a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

<sup>82</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 96. "la lista propuesta por el legislador no es exhaustiva".

<sup>83</sup> La enumeración es a título ejemplar, por lo que nada impide que el juez pueda recurrir a otros factores muy importantes y que el legislador omitió, como, por ejemplo, la composición de la familia, la dedicación futura a la misma por parte del cónyuge beneficiario, y el régimen de bienes habido entre los cónyuges. Si este último es del tipo participativo, indudablemente su liquidación incidirá en la situación patrimonial de los cónyuges. En cambio, si es el de separación de bienes no tendrá importancia alguna.



En el presente se halla la situación patrimonial de los cónyuges; la situación en materia de beneficios previsionales; la edad y estado de salud y la cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario. Las circunstancias presentes permiten una prospección de las perspectivas de vida hacia el futuro previsible del cónyuge beneficiario. Así como en el pasado está la causa mediata del menoscabo, las circunstancias del presente, incluida la prospección de la situación futura con base en ellas, muestran si el divorcio o nulidad causa concretamente un menoscabo al cónyuge dedicado y la medida del mismo.

Después de situar temporalmente las circunstancias listadas por el artículo 62, se observa que entre ellas se distinguen aquellas relacionadas con el matrimonio, con el cónyuge deudor y con el cónyuge beneficiario. En las primeras está la duración del matrimonio y de la vida en común y, como resulta lógico, el haberse dedicado el cónyuge beneficiario a la familia. En las segundas, la situación patrimonial del cónyuge deudor. Y en las terceras se cuenta la situación patrimonial, esencial para aproximarse al menoscabo que objetivamente experimenta este cónyuge; la culpa en el divorcio, la buena o mala fe, la edad y estado de salud; la situación previsional o de salud; y la cualificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral.<sup>84</sup> Estas últimas son las más significativas, porque permiten descifrar la situación desmejorada en que se encuentra el cónyuge beneficiario tras el divorcio o la nulidad de cara a un futuro previsible.

Estas circunstancias calzan perfectamente con la naturaleza jurídica y más claramente con la finalidad de la compensación económica, cuya procedencia se resuelve con base al efectivo menoscabo que causa el divorcio o nulidad, lo que depende de las condiciones económicas del cónyuge beneficiario para rehacer una vida separada autónomamente. Se justifican así todas las circunstancias pasadas y presentes, siendo estas últimas las que hacen posible la prospección del futuro de los cónyuges, en especial el del beneficiario.

También puede hablarse de circunstancias subjetivas, en contraposición a las objetivas, y que su consideración implica una valoración de la conducta de los cónyuges durante el matrimonio. Estos factores presuponen que hay menoscabo económico, pero

<sup>84</sup> Cfr. con PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), pp. 96-98.



como el cónyuge beneficiario estuvo de mala fe o dio lugar al divorcio con su culpa, la ley lo sanciona privándolo de la compensación o reduciendo su monto.<sup>85</sup> Los criterios de que se habla son la buena o mala fe<sup>86</sup> y la culpa del cónyuge beneficiario en el divorcio.<sup>87</sup> Hay en estas reglas —de la mala fe y la culpa del beneficiario— una concreción del principio *nemo auditor*, que prohíbe aprovecharse del propio dolo o culpa, en este caso, al cónyuge beneficiario.<sup>88</sup>

La inclusión de la buena o mala fe del cónyuge beneficiario tiene su origen en la institución del matrimonio nulo celebrado por uno de los cónyuges conociendo la causal de invalidez,<sup>89</sup> a quien se le sanciona, sea negando la compensación, sea reduciendo su monto.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> En el proyecto aprobado por el Senado no existía referencia a la buena o mala fe del cónyuge beneficiario, ni era relevante la culpabilidad en la declaración de divorcio. La nueva ley añade a las circunstancias objetivas la buena o mala fe del cónyuge beneficiario para determinar la existencia del menoscabo o la cuantía de la compensación; y establece una regla especial para el caso del divorcio con culpa o sanción del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, que autoriza al juez a negar lugar a la compensación o a reducir prudencialmente su cuantía cuando ha sido el cónyuge beneficiario el que ha dado lugar a la causal.

<sup>86</sup> El artículo 62 prevé como circunstancia o factor relevante la buena o mala fe de los cónyuges, sin distinguir. Sobre la consideración de la mala fe respecto del cónyuge deudor me referiré más adelante.

<sup>87</sup> El profesor Pizarro Wilson incluye entre los elementos de la compensación el factor subjetivo de la culpa del cónyuge beneficiario en la declaración de divorcio y la entiende como una condición eventual consistente en que el juez no aplique la prerrogativa otorgada en el inciso segundo del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil de negar lugar a la compensación. PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 93.

<sup>88</sup> Así se recoge en COURT MURASSO, Eduardo, cit. (n. 16), p. 95.

<sup>89</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en Boletín N° 1759-18, p. 74. En contra se pronuncia el senador Chadwick quien —pese a ser coautor de la indicación que propone— la consideración de este factor para los casos de nulidad matrimonial— se expresa en términos que la buena o mala fe se relaciona con la situación de aquel cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio y después reclama la compensación económica. Diario Sesiones del Senado, Ley de Matrimonio Civil, sesión extraordinaria N° 33, p. 713.

<sup>90</sup> PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 98, nota N° 20: "De ahí que resulte más apropiado circunscribir la buena o mala fe al matrimonio nulo celebrado por alguno de los cónyuges en conocimiento del vicio".



En lo que concierne a la culpa del beneficiario, originalmente en la historia del establecimiento de la ley producía el efecto de privarlo de la compensación; después éste se morigeró y queda entregada al juez la facultad de optar entre denegar la compensación económica, no obstante existir menoscabo, o reducir su cuantía más allá de la entidad que se haya fijado según el inciso primero del artículo 62. En la doctrina española a objeto de ilustrar sobre la injusticia de aplicar el criterio de la culpa se propone el siguiente ejemplo. No parece justo sancionar con la pérdida de un derecho a obtener una pensión a una esposa que se ha consagrado gran parte de su vida al cuidado exclusivo de su marido y sus hijos, incluso abandonando su profesión, porque tras veinte años de rigurosa fidelidad conyugal, abandone el hogar común por otro hombre o sencillamente porque ya no se siente conforme con esa vida.<sup>91</sup> La posibilidad de casos como el presentado hace aconsejable, antes de privar de la compensación al cónyuge culpable, encomendar al juez la ponderación de los hechos.<sup>92</sup>

La incorporación de estos factores imprime un cierto grado de subjetivismo al sistema de compensación económica, no en la imputación o atribución de la obligación al cónyuge deudor, sino al derecho mismo a exigirla y en la regulación de su cuantía. La ley considera la valoración de la conducta del beneficiario, no así la del deudor, respecto de quien la compensación se desenvuelve objetivamente, sin perjuicio del efecto que se le asigne a su mala fe en el caso de la nulidad o divorcio.<sup>93</sup>

Finalmente, cabe precisar que del tenor literal del inciso segundo del artículo 62 aparece que en éste no sólo interesa la bue-

<sup>91</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, cit. (n. 26), p. 147.

<sup>92</sup> La regla del inciso segundo del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil marca la diferencia entre el divorcio sanción del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil y el divorcio remedio del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, dado que el primero puede traer como efecto adicional la privación o reducción de la compensación si fue el cónyuge beneficiario el que dio lugar al divorcio.

<sup>93</sup> Con una opinión diversa: TURNER, Susan, cit. (n. 46), p. 100. La profesora sostiene: "Tanto la circunstancia de la buena o mala fe introducida en el art. 62, como la remisión del nuevo inciso 2° de la referida norma al divorcio por culpa, denotan una concepción de la compensación económica como la sanción pecuniaria ligada al divorcio".



na o mala fe del cónyuge beneficiario, sino también la del deudor. Sin embargo, de la historia del establecimiento de la ley se deduce que al legislador sólo le interesa valorar la conducta del beneficiario.<sup>94</sup> En el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se explica que sin negar el derecho a la compensación al cónyuge que contrajo el matrimonio nulo estando de mala fe, parece prudente contemplarla como un factor que el juez debe considerar para fijar su procedencia y monto.<sup>95</sup> O sea, se quiere evitar situaciones en que resulte antinatural o extraordinariamente fuerte que el cónyuge que celebró el matrimonio conociendo el vicio que lo invalidaba, exija la compensación económica al cónyuge de buena fe. La única función que podría atribuirse a la mala fe del deudor es la de agravar la compensación y ella no se compadece con la naturaleza jurídica misma de la compensación económica, que, como se sabe, persigue corregir el desequilibrio económico y prevenir un empeoramiento posterior. Una función punitiva de la compensación es inconcebible e inaceptable, ya es bastante que la ley ponga de cargo del cónyuge la obligación legal de la compensación, como para pensar que además se le sancione. En mi opinión la mala fe del cónyuge deudor no tiene relevancia a los efectos de la compensación económica.

El juez al resolver una demanda de compensación deberá aplicar todas las circunstancias del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, en la medida que ellas concurren en la situación de los cónyuges, y de esta aplicación conjunta resultará si la nulidad o el divorcio produce o no menoscabo y la cuantía de la compensación.

Así, por ejemplo, la duración del matrimonio podría por sí sola indicar que no existe duda sobre la existencia del menoscabo; sin embargo, la de la vida en común podría permitir concluir algo distinto, o la situación patrimonial de los cónyuges. Si el matrimonio duró muchos años, pero el cónyuge más débil tiene bienes propios de apreciable valor —incluidos los gananciales de la liquidación de la sociedad conyugal—, es perfectamente dable sostener que el juez

<sup>94</sup> Así pareciera entenderlo Pizarro Wilson, desde que no incluye a la buena o mala fe en las circunstancias del artículo 62 relacionadas con el cónyuge deudor, sí en las relacionadas con el cónyuge beneficiario. PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 97.

<sup>95</sup> Véase *Boletín* N° 1759-18, p. 74.



se formará la convicción de que, o no hay menoscabo económico, o es de una entidad menor que la anticipada. Podría alterar esta conclusión preliminar si aparece que el cónyuge es de avanzada edad y su estado de salud requiere de cuidados y de constantes desembolsos de dinero. Aquí, por ejemplo, la cualificación profesional o las posibilidades de acceso al trabajo son irrelevantes, se trata de un cónyuge que no tiene opciones futuras, independientemente de sus aptitudes; sí tendrá importancia, en cambio, la situación previsional o de salud de ese cónyuge. En otro supuesto, a pesar de no ser muy buena la situación patrimonial de los cónyuges, en especial la del beneficiario, éste es joven y tiene posibilidades de acceso al trabajo por su cualificación profesional. Desde luego aquí o la compensación económica será inferior o bien se estimará impropcedente.

Aunque el legislador ha omitido entre las circunstancias el régimen de bienes habido entre los cónyuges, lógicamente si existía alguno del tipo participativo, como la sociedad conyugal o la participación en los gananciales, el resultado del régimen integrará la situación patrimonial del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, y no podría ser de otra forma, porque si el resultado del régimen es favorable para el cónyuge demandante, significa que la situación patrimonial del otro ha experimentado una disminución, o porque la mitad de los gananciales son de propiedad del demandante, o porque le debe a éste el importe del crédito de participación en los gananciales. O, en otros términos, la situación del cónyuge reclamante ha variado favorablemente porque su patrimonio se verá incrementado por los gananciales o el crédito de participación. La resolución de la compensación económica presupone o la liquidación de estos regímenes de bienes o la consideración de sus resultados.<sup>96</sup> Si se da el caso que el juez deba regular la com-

<sup>96</sup> En este sentido ROCA TRÍAS, Encarna, cit. (n. 3), p. 626. La profesora afirma: "La clase de régimen matrimonial que ha regido el matrimonio hasta la separación o divorcio determina una diferencia esencial, ya que cuando existen bienes comunes o la participación en las ganancias del otro cónyuge, ello supondrá un equilibrio entre los patrimonios de ambos que puede hacer desaparecer el desequilibrio económico"; y en cit. (n. 11), pp. 150-151, "[...] la pensión compensatoria constituirá siempre un *posterius* al régimen de bienes: su liquidación funciona como criterio para saber si existe o no desequilibrio", y agrega "primero se liquida el régimen, y sólo efectuada esta operación, se pasa a la pensión compensatoria" (p. 151, n. 18).



pensación económica sin que antes se haya producido la liquidación del régimen de bienes,<sup>97</sup> será esencial para la correcta aplicación de la institución considerar la situación patrimonial de los cónyuges en toda su dimensión y ello abarca al menos anticipar los resultados de la mencionada liquidación, aunque sea imaginariamente, a partir de la aportación de los antecedentes que deberán hacer las partes. Imagínese un matrimonio en el que el marido aparece con un patrimonio de varios millones de pesos y la mujer sin bienes propios; si el régimen es el de la sociedad conyugal, no podrá regularse correctamente la compensación sin antes develar la situación en que quedará el cónyuge demandante después de su liquidación; la proyección de su futuro previsible depende de ello. Claro, ese cónyuge aparece como desvalido antes de la liquidación, pero después de ella quedará en un plano de igualdad con su ex cónyuge como para rehacer su vida separada. Pero se trata tan sólo de una apariencia, porque en puridad su patrimonio está conformado por el derecho de que sea titular en los bienes comunes correspondientes a los gananciales. Entonces, la liquidación del régimen de bienes es esencial, tanto para determinar la existencia del menoscabo, como para cuantificar la compensación.<sup>98</sup> Esta conclusión pue-

<sup>97</sup> Después de la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, los cónyuges en los juicios de separación, divorcio o nulidad podrán solicitar al juez que conoce del asunto la liquidación de la sociedad conyugal o de la participación en los gananciales y el juez acogerá la solicitud en la medida que se rinda la prueba suficiente. En el caso de la liquidación en los gananciales, cualquiera de los cónyuges podrá solicitarlo, en cambio en el de la sociedad conyugal se exige que la solicitud sea de común acuerdo. Así resulta de los artículos 227 del Código Orgánico de Tribunales y 1792-26 del Código Civil. En consecuencia, quiere decir que si el régimen es la participación en los gananciales, el cónyuge demandante solicitará al juez que liquide la participación en los gananciales; en cambio, en la sociedad conyugal deberán hacerlo ambos cónyuges de común acuerdo.

<sup>98</sup> Con una opinión diversa PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), pp. 93-94. El autor explica que no puede pensarse que la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales son suficientes para compensar el menoscabo económico —hasta aquí no hay diferencia con lo expresado—; y continúa apuntando que “la admisión de la compensación económica requiere la prueba del sacrificio del cónyuge beneficiario a las tareas del hogar o al cuidado de los hijos y el menoscabo económico; siendo irrelevante para su admisión la liquidación del régimen patrimonial”; sin embargo, antes había expresado que “la ausencia de liquidación planteará problemas para evaluar la cuantía de la compensación. De ahí la necesidad de contribuir a la liquidación de la comunidad una vez decretada la nulidad o el divorcio de los cónyuges. En efecto, parece razonable que con anterioridad a fijar la compensación económica haya operado la liquidación del



de apoyarse incluso en la propia historia del establecimiento de la ley. En efecto, en la Comisión de Constitución del Senado se precisa que la compensación tiene lugar cuando el aporte consistente en la mayor dedicación de uno de los cónyuges no queda reflejado equitativamente en la liquidación del régimen de bienes que existiere entre ellos. Y se agrega que no sería prudente acordar una compensación por el aporte al matrimonio del cónyuge que se ha dedicado al hogar, si existen gananciales o crédito de participación, que tienen por objetivo precisamente compensar sus esfuerzos. Podría sostenerse que habría un enriquecimiento injusto si se consintiera que el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar tenga derecho a la mitad de las adquisiciones del otro cónyuge y, además, a una compensación económica fijada con prescindencia de lo anterior. La compensación sería justa, en cambio, cuando los cónyuges sean separados de bienes o, en general, cuando la distribución de los gananciales no refleje convenientemente la aportación del cónyuge económicamente más débil. Por eso, se propone efectuar primero la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, y, de acuerdo al resultado, hacer procedente la compensación económica, o denegarla.<sup>99</sup> Y en otro sitio se sostiene que el artículo 63 (actual artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil) determina cuándo procede la compensación económica y cómo se determina su cuantía, y entre las reglas que dicho precepto prevé se cuenta, precisamente, la de las fuerzas patrimoniales de cada uno, vale decir, el patrimonio tomando en consideración la eventual liqui-

régimen patrimonial, cuestión útil, además, para proyectar la situación económica de los cónyuges hacia el futuro”. Para el profesor Pizarro Wilson la consideración de la liquidación del régimen matrimonial sólo incide en la cuantía de la compensación, no así en la determinación de la existencia del menoscabo.

<sup>99</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Boletín N° 1759-18, Sesión 19ª, Anexo de Documentos, pp. 2449-2450. El senador Espina se pronuncia en contra, porque estima que son dos materias distintas la de la liquidación del régimen de bienes que exista entre los cónyuges y el menoscabo económico que sufrió uno de ellos por haberse dedicado al cuidado del hogar. Ese perjuicio se proyectará al futuro, porque no tendrá régimen de salud, ni jubilación y tendrá que empezar a trabajar con una profesión abandonada hace muchos años o a una edad en que no conseguirá un trabajo bien remunerado. La compensación económica —agrega— no persigue equilibrar patrimonios, sino que indemnizar a uno de los cónyuges por el menor incremento de su propio patrimonio, con vistas sobre todo a su subsistencia futura.



dación del régimen de bienes que hubo entre los cónyuges o simplemente el derecho real que tiene sobre los gananciales desde la disolución de régimen o el de crédito que también nace en el mismo momento.<sup>100</sup> Con esto no se confunde la institución de la compensación económica con la de los regímenes económicos, son distintas; sólo se trata de tener en cuenta los resultados de éstos como parte de la situación patrimonial de los cónyuges prevista por el artículo 62.

Finalmente, podrían agregarse otras circunstancias que también incidirán en la procedencia y cuantificación de la compensación, como lo son la futura dedicación a los hijos y también, relacionado con la cualificación del cónyuge demandante, la posibilidad real de formación o de perfeccionamiento técnico o profesional; lo que incidirá directamente en las probabilidades de acceso al mercado laboral o el mejoramiento de las condiciones actuales de trabajo.

### 3. EXPLICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA A TRAVÉS DE UN CASO HIPOTÉTICO

Lo expresado precedentemente puede ilustrarse a través del siguiente caso hipotético: Carlos y Rebeca, son dos jóvenes estudiantes universitarios. Carlos estudia ingeniería industrial y Rebeca, arquitectura. Después de un tiempo de pololeo contraen matrimonio. El acuerdo entre ellos fue que Carlos terminaría primero sus estudios y que Rebeca congelaría su carrera para después retomar los suyos. Pasan los años, Carlos se recibe e inmediatamente se le presenta una muy buena oportunidad de trabajo, imposible de resistir. Ello coincide con el embarazo de tres meses de Rebeca. Carlos acepta el trabajo y las posibilidades de Rebeca de retomar sus estudios se diluyen, primero, porque está embarazada, lo que no estaba dentro de los planes; y, segundo, porque su forma de ser le impediría desprenderse de su hijo muy tempranamente. El proyecto universitario de Rebeca pasa a ser uno de más largo plazo. La pre-ocupación de Rebeca era su futuro hijo y el hogar común. Pasan doce años, Carlos sigue trabajando y ocupa un alto cargo gerencial y los planes de Rebeca son parte del pasado. Tras una crisis matrimonial, cesa la convivencia matrimonial por cuatro años y

<sup>100</sup> *Ibíd.*, p. 71.



Rebeca demanda a Carlos el divorcio según el artículo 55 y en un escrito complementario solicita al juez que regule la compensación económica de los artículos 61 y siguientes.

Si se presupone la existencia del menoscabo económico y se recurre a las circunstancias listadas por el artículo 62, la compensación económica podría componerse de las siguientes partidas: i) Si bien Rebeca no tiene actualmente una cualificación profesional, atendida su edad, los estudios de arquitectura realizados y sus aptitudes, ella puede continuar con sus estudios universitarios y es previsible que si obtiene el título de arquitecto encontrará trabajo posteriormente. Sus posibilidades de acceso al trabajo dependen de que ella retome y concluya su formación universitaria. La primera partida podría ser el arancel de la carrera correspondiente a tres años y asciende a \$ 6.000.000; ii) la situación previsional y de salud del cónyuge demandante después de la terminación del matrimonio es precaria, no tiene Isapre y carece de previsión; ello podría justificar incluir como otra partida el costo de un plan de salud y previsional voluntarios por un período de cinco años, que es el plazo en que ella debiese conseguir un trabajo y asciende a \$ 3.000.000; iii) como el cónyuge demandante no tiene bienes propios, ni ingresos, y la situación patrimonial del demandado es sólida y sus ingresos mensuales son elevados, resulta apropiado añadir, como otra partida, los costos de manutención acorde con la posición económica que tenía durante el matrimonio, por cinco años por la suma de \$ 15.000.000. Alternativamente el juez podría ordenar la constitución de un usufructo sobre un inmueble de propiedad del demandado por el mismo período de tiempo, rebajando esta partida a la suma de \$ 10.000.000. Consiguientemente la compensación económica debiese fijarse en la suma de \$ 24.000.000; o \$ 19.000.000, dependiendo de si se ordena, o no, la constitución del usufructo sobre el inmueble.

Aparece de manifiesto que la compensación económica no tiene por finalidad garantizar la conservación del estatus económico del matrimonio; sino, simplemente, corregir el desequilibrio o disparidad que produce el divorcio y que afecta al cónyuge del supuesto típico del artículo 61, proporcionándole una prestación que le permita rehacer su vida separada y alcanzar un estatus económico autónomo adecuado al que tenía durante el matrimonio. La compensación representa una proyección del futuro del cónyuge más débil a partir de las circunstancias personales de éste y las del cón-



yuge deudor. Como se ha explicado reiteradamente, no se trata de resarcir o reparar daños experimentados durante el matrimonio, sino de preocuparse por el futuro de Rebeca, presuponiendo que ella no puede asumir una actitud pasiva, sino que debe hacer lo posible para alcanzar ella misma una cierta autonomía económica.

## VI. RÉGIMEN LEGAL DE LA COMPENSACIÓN POR MENOSCABO ECONÓMICO

El régimen legal de la compensación económica supone el examen de los aspectos que hace objeto de regulación el legislador y que determinarán la funcionalidad de la institución. Me referiré muy sintéticamente al ámbito de aplicación, a la posibilidad de renuncia de la compensación, a su fijación y la oportunidad de reclamarla por vía judicial; a su transmisibilidad, a su forma de pago y a su inmutabilidad. Digo sintéticamente, porque un examen profundizado de estas materias rebasa el objeto de este trabajo y por sí solas justifican un estudio separado que se proyecta materializar en lo inmediato. Su inclusión obedece a la necesidad de ofrecer una visión completa de esta nueva institución.

### I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La compensación económica sólo procede en los casos de divorcio y nulidad matrimonial cuando concurren sus elementos constitutivos arriba examinados. Originalmente, la institución se prevé para el caso de divorcio, sin embargo, posteriormente se extiende a la nulidad matrimonial.<sup>101</sup> La aplicación de la compensación económica a la nulidad se explica por dos razones, una de orden práctico y otra de fondo. La de orden práctico es evitar que los cónyuges recurran a la nulidad matrimonial en casos de ruptura para librar-

<sup>101</sup> En esta materia el legislador se aleja de los modelos francés y español. En el primero, la prestación compensatoria del artículo 270 del *Code Civil* sólo procede en caso de divorcio, y en el segundo cuando hay divorcio o separación judicial. En lo que concierne a la nulidad matrimonial, el Código español en su artículo 98 reconoce al cónyuge de buena fe un derecho a indemnización si ha existido convivencia conyugal.



se de la compensación económica por causa de divorcio. La de fondo, porque si bien, en rigor, en el caso de la nulidad, por el efecto retroactivo de su declaración del artículo 50 de la Ley de Matrimonio Civil, no existió matrimonio, igual hubo entre los cónyuges una comunidad de vida con las mismas particularidades de aquella a la que da origen un matrimonio válido.<sup>102</sup> No existe razón para descartar la posibilidad de que la nulidad matrimonial pueda irrogar un menoscabo al cónyuge que por dedicarse a la familia no desarrolló una actividad remunerada como podía y quería.<sup>103</sup> Están presentes aquí los mismos fundamentos de la compensación que en el caso de divorcio. El único reparo que podría surgir es que sea el cónyuge que celebró el matrimonio de mala fe el que posteriormente demanda la nulidad del matrimonio y la compensación económica. En un principio en él no concurriría el fundamento de la comunidad de vida y la confianza en la conservación del vínculo. Nuestro legislador optó por entregar al juez la facultad de ponderar los hechos y resolver sobre la procedencia y cuantía de la compensación cuando el demandante haya estado de mala fe y así lo acredite el demandado, por lo que la sanción a esta mala fe irá desde la privación del derecho hasta la reducción de su objeto. Hay coincidencia de criterio con la culpa del demandante.

<sup>102</sup> En la Comisión del Senado se argumentó a favor de extender el ámbito de la compensación a la nulidad matrimonial, expresándose: "Si bien es cierto que, en rigor, en el caso de nulidad no existió matrimonio, sí hubo una comunidad de vida que generó la existencia de una familia. Por eso, no debe considerarse como un caso excepcional en materia de compensaciones, sino que ha de estar incluida en el artículo que encabeza este párrafo, a fin que se hagan aplicables sus normas a ambas instituciones: el divorcio y la nulidad", en *Boletín N° 1759-18*, p. 194. Barrientos y Novales se manifiestan conformes con esta regla afirmando que "la argumentación anterior coincide plenamente con el carácter resarcitorio de ciertos perjuicios ('menoscabo económico') que asume la compensación económica, porque lo determinante para que ellos se produzcan no es que haya existido matrimonio, sino la existencia de una comunidad de vida [...]". BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER, NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU, cit. (n. 2), p. 421.

<sup>103</sup> En contra de la inclusión de la nulidad matrimonial se pronuncia Pizarro Wilson. El profesor explica: "No resulta clara la razón de admitir la compensación económica en caso de nulidad, ya que el estado de los cónyuges se retrotrae al momento de la celebración del mismo. El fundamento podría encontrarse en la situación precedente a la nueva ley, ya que la nulidad matrimonial constituía un verdadero divorcio por mutuo consentimiento que implicaba el término de todos los deberes y obligaciones entre los cónyuges". PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 95.



A pesar de que el párrafo que regula la compensación está ubicado en el capítulo VII de la Ley de Matrimonio Civil, rubricado *De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio*, queda excluida del ámbito de la compensación económica la separación judicial. En la doctrina los profesores Barrientos y Novales critican duramente la improcedencia de la compensación en los casos de separación judicial, sosteniendo que esta restricción: i) incentiva el divorcio; ii) contraría el propósito de reglar la separación judicial como alternativa al divorcio; y iii) constituye un eventual establecimiento de una discriminación arbitraria conculcando el principio del artículo 19, N° 2 de la Constitución.<sup>104</sup> En mi opinión, la exclusión está plenamente justificada, porque la separación judicial no pone término al matrimonio, por el contrario, éste subsiste con todos sus efectos. Los únicos deberes que se ven afectados son los incompatibles con la vida separada, como el de fidelidad y cohabitación, irrelevantes para los efectos de la compensación. El cónyuge separado, a pesar de ubicarse en el supuesto típico del artículo 61 continuará gozando de todos los derechos y beneficios que confiere el estatuto protector del matrimonio. Cesa la vida en común, pero el vínculo subsiste y de él emanan efectos jurídico-patrimoniales que impiden el menoscabo económico, ineludible en caso de nulidad o divorcio.<sup>105</sup> Ese cónyuge tiene derecho a alimentos; mantiene todo tipo de beneficios de salud y previsionales; puede obtener la declaración de un bien familiar; y, salvo culpa de su parte, es titular de los mismos derechos sucesorios que el cónyuge no separado judicialmente.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, cit. (n. 2), pp. 422-423.

<sup>105</sup> En este sentido PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 94. "Debiera inclinarse el intérprete por descartar la compensación económica en caso de separación judicial, ya que ésta no pone término al deber de socorro y, en consecuencia, persiste el deber de alimentos entre los cónyuges. En efecto, no habiéndose puesto término al matrimonio, no existe razón alguna para hacer procedente la compensación económica".

<sup>106</sup> En la Comisión de Constitución del Senado se justificó esta exclusión expresándose lo que sigue: "Desechó la incorporación de la separación judicial porque en su caso subsiste el matrimonio y precisamente por ello no puede contraerse nuevo matrimonio. No solamente se mantiene el vínculo, sino también algunos efectos especialmente de orden económico, como son los alimentos entre los cónyuges y los derechos hereditarios, lo que no ocurre con el divorcio y la nulidad. La compensación obedece a una lógica distinta, porque al haber divorcio o nulidad se perderán los derechos de alimentos y los hereditarios, tales como los relacionados con prestaciones de salud y de carácter previsional, lo que no ocurre con la separación". Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en Boletín N° 1.759-18, p. 194.



El único detrimento para el cónyuge dedicado podría provenir de la terminación de la sociedad conyugal o de la participación en los gananciales; detrimento que, en todo caso, los mismos regímenes se encargan de corregir por medio de las normas de su liquidación. Fuera de lo anterior, no debe olvidarse que el legislador concibe a la separación judicial como un estado reversible que se manifiesta en la posibilidad de reanudación de la vida en común y en los efectos que ella produce (artículos 38 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil).

Además, según el inciso tercero del artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil —que prescribe sobre la solicitud conjunta de separación judicial— exige la presentación de un acuerdo que regule de forma completa y suficiente las relaciones mutuas de los cónyuges y de éstos con los hijos comunes. Según el precepto, el acuerdo será suficiente, entre otras cosas, si procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura. Quiere decir que la ley reconoce que el cónyuge dedicado a la familia por la separación judicial puede ver empeorada su situación económica hacia el futuro y exige que los propios términos del acuerdo aminoren el empeoramiento, especialmente los que inciden en el sostenimiento de la vida separada, como el derecho de alimentos o la declaración de bienes como familiares. Si el acuerdo no es suficiente, el artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil confiere al juez facultades para modificarlo o completarlo a objeto que efectivamente aminore el mencionado empeoramiento. Al subsistir el vínculo y sus efectos jurídico-patrimoniales, el menoscabo a que se refiere el artículo 27 no puede estimarse como de la entidad que el desequilibrio económico que es el presupuesto de la compensación económica.

## 2. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA ES IRRENUNCIABLE ANTICIPADAMENTE<sup>107</sup>

Al no existir una norma que prohíba la renuncia y considerando su naturaleza patrimonial, el derecho a la compensación sería

<sup>107</sup> Sobre la posibilidad de renuncia anticipada de la pensión compensatoria en el derecho español, véase: GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia de pensión compensatoria en el Código Civil*, en ADC 56 (2003), 4, pp. 1653 y ss. La profesora concluye: "estimamos perfectamente lícita aquella cláusula que



renunciable y el fundamento jurídico sería el propio artículo 12 del Código Civil,<sup>108</sup> al estimarse como un derecho que la ley confiere en exclusivo interés particular del cónyuge dedicado durante el matrimonio a la familia.

Sin embargo, cabe preguntarse si el interés particular del cónyuge más débil cae dentro del ámbito de la autonomía privada que ampliamente reconoce el legislador a los cónyuges en el nuevo derecho matrimonial. Porque lo que al final está en juego en la compensación es precisamente la protección de ese interés, que el artículo 3° de la Ley de Matrimonio Civil eleva a la categoría de principio general del nuevo derecho matrimonial, cuyo destinatario es precisamente el juez de familia.<sup>109</sup> Para responder a la interrogante sobre si el derecho a la compensación es, o no, susceptible de renuncia, conviene formular algunas distinciones ¿De qué se está hablando?, de la renuncia anticipada, entendiendo por ella la que tiene lugar antes del divorcio o la nulidad; o de una posterior, esto

implica la recíproca renuncia onerosa o gratuita a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil". Esta es la opinión mayoritaria y muy probablemente se explica por los esfuerzos desplegados por la doctrina para diferenciar a la pensión de los alimentos, debido a que en este ordenamiento son varios los elementos que permiten aproximar a ambas instituciones (forma de pago, consideración de las necesidades y posibilidad de mutación por cambio de circunstancias). Con una opinión contraria, a mi juicio acertada, GARCÍA CANTEIRO, Gabriel, cit. (n. 7), p. 438. El autor al caracterizar la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil expresa que ella "no pertenece al derecho dispositivo, en el sentido de que la ley fija los requisitos objetivos, dados los cuales surge para uno de los cónyuges el derecho de pensión, la cual no puede renunciarse anticipadamente a la sentencia de divorcio".

<sup>108</sup> El profesor Pizarro Wilson afirma la validez de la renuncia prenupcial y anterior a la crisis matrimonial del derecho a la compensación y su opinión la apoya principalmente en el artículo 12 del Código Civil. Se lee en su trabajo "De tal manera que cabría afirmar la posibilidad de renunciar ex ante al derecho eventual a compensación económica, pues se trata de un interés individual del probable beneficiario y cuya renuncia no se prohibió en la nueva Ley de Matrimonio Civil". PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), pp. 101-103.

<sup>109</sup> Sobre los principios de la Ley de Matrimonio Civil, véase PIZARRO WILSON, Carlos, *Presentación general de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, en *Seminario Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil*, 13 y 14 de octubre de 2004, Academia Judicial, pp. 7-14. El profesor menciona entre estos principios el de la protección del cónyuge más débil y reconoce que la institución que mejor refleja este principio es la de la compensación económica.



es, cuando el divorcio o la nulidad ya se han producido y el derecho ya ha nacido; o de ambas.

Con relación a la primera, creo que no es posible admitirla y para ello me apoyo en tres argumentos: (a) el interés protegido por la compensación económica -el del cónyuge más débil- es de orden público y, por consiguiente, indisponible anticipadamente; y (b) si se admite que la regulación de la compensación económica puede ser objeto de una capitulación matrimonial, el límite de la libertad de pacto de los esposos, según el artículo 1717 del Código Civil, está en el detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro, y entre ellos, no hay duda, está el derecho a la compensación y su obligación correlativa; (c) si bien la regla en materia de compensación económica es que ella sea convencionalmente regulada por los cónyuges, es menester la observancia de una solemnidad, en la especie, la aprobación judicial (artículo 63 de la Ley de Matrimonio Civil). El juez al aprobar la convención deberá tutelar el interés del cónyuge más débil y si estima que dicho interés resulta lesionado deberá rechazarla. Ahora bien, si el acuerdo de compensación forma parte del convenio regulador que debe acompañarse en el caso del divorcio solicitado de común acuerdo acorde el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, el juez tendrá las facultades extraordinarias que le reconoce el artículo 31 de la misma ley aplicable a esta clase de divorcio.<sup>110</sup> Quiere decir que si el acuerdo no es suficiente porque no compensa el menoscabo que causa la ruptura, el juez podrá modificarlo o subsanarlo. Si el juez puede regular íntegramente la compensación, con mayor razón puede corregirla o modificarla cuando ha sido fijada por los cónyuges. Por lo tanto, si en el acuerdo regulador el cónyuge beneficiario de la compensación renun-

<sup>110</sup> La técnica legislativa del Capítulo VI de la Ley de Matrimonio Civil es defectuosa y adolece de importantes lagunas. Una de ellas se refiere precisamente al caso en que el acuerdo no es suficiente acorde el artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil, ¿qué efecto se sigue de ello? Se rechaza la demanda de divorcio o el juez está facultado para corregir el acuerdo y así adecuarlo a la exigencia de la suficiencia. Si se tiene a la vista la disposición del artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil y el principio de protección del interés del cónyuge más débil del artículo 3°, sólo queda concluir que el juez que conoce del juicio de divorcio tiene las mismas facultades del mencionado artículo 31. A mi juicio, cabría la aplicación analógica de esta norma al supuesto de divorcio por solicitud conjunta del artículo 55.



cia a su derecho a la compensación, esa renuncia igualmente quedará sujeta a la homologación judicial.

En lo tocante a la renuncia posterior al nacimiento del derecho a la compensación. Después de nacido el derecho a compensación, como se entiende que ha ingresado al patrimonio del cónyuge beneficiario al igual que lo hace cualquier derecho de crédito, no existe impedimento para que su titular pueda disponer de él de la forma que más conveniente estime, incluyendo su renuncia.

Cobra especial importancia distinguir el interés protegido que justifica la institución —que es de orden público—; del derecho que nace cuando concurre el supuesto típico de la norma, que es de orden privado y, consecuentemente, disponible, renunciable y prescriptible.

### 3. FIJACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La regla es que los cónyuges de común acuerdo fijen la compensación económica y solo a falta de acuerdo, la compensación es fijada por el juez. El artículo 63 dispone que la compensación económica, su monto y forma de pago, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad y el acuerdo deberá constar en escritura pública o acta de avenimiento y ser aprobado judicialmente.

Como se ve, nuevamente el legislador abre paso a la autonomía privada, autorizando el pacto entre los cónyuges, eso sí, sometido a la homologación judicial. Podría hablarse de una autonomía tutelada por el juez. El acuerdo de compensación es solemne y la solemnidad en el caso de acuerdo extrajudicial es doble: la escritura pública y la aprobación judicial; y en el de la judicial, sólo se requiere esta última.

La amplitud de los términos del precepto del artículo 63 permite sostener que el acuerdo extrajudicial no queda sujeto a exigencia temporal alguna, a diferencia de la judicial, que presupone haberse iniciado el juicio de nulidad o divorcio. El acuerdo, en consecuencia, podría tener lugar en cualquier momento, incluso antes del matrimonio en una capitulación matrimonial o en la convención matrimonial del artículo 1723 del Código Civil o en cualquiera otra escritura pública otorgada por los cónyuges; acuerdo que, en todo caso, requerirá de aprobación judicial según el ar-



título 63 de la Ley de Matrimonio Civil, aprobación que, a mi modo de ver, deberá producirse necesariamente dentro del juicio de divorcio o de nulidad.<sup>111</sup>

Si la solicitud de divorcio es de común acuerdo, la compensación económica deberá ser convencional e integrará el acuerdo regulador que obligadamente deben acompañar los cónyuges de conformidad al artículo 55, inciso segundo, de la Ley de Matrimonio Civil. El divorcio, en este caso, será decretado siempre que el acuerdo regule en forma completa y suficiente las relaciones mutuas y con sus hijos comunes y la suficiencia dependerá, entre otras cosas, de que el acuerdo procure "*aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura*". El legislador se limita a copiar y pegar la parte final del inciso segundo del artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil que coincide con la parte final del inciso segundo del mencionado artículo 55. El error es manifiesto dado que la norma debió haber prescrito sobre el particular que el acuerdo debe procurar la compensación del menoscabo económico y no su aminoración, como en la separación judicial. Siendo consecuente con lo que arriba se ha expresado, si el acuerdo de compensación que se incorpora en el convenio no es suficiente, el juez está facultado para corregirlo o modificarlo. Tratándose del divorcio sanción ex artículo 54 o el divorcio remedio unilateral por cese de la convivencia ex artículo 55, inciso tercero, aunque no se excluya el acuerdo extrajudicial por escritura pública, lógicamente éste se concretará, o en un avenimiento aprobado por el tribunal, o en el acuerdo de conciliación del artículo 67; o en el de mediación de los artículos 70 y 71 de la Ley de Matrimonio Civil, que conforme el artículo 76 necesariamente debe ser aprobado por el juez. En el caso de la nulidad, cabría el avenimiento judicial y a mi juicio la mediación, porque ella sólo se prohíbe —como resulta lógico— respecto de las causas de nulidad,<sup>112</sup> no así con relación a sus efectos.

Finalmente, a falta de acuerdo de los cónyuges —sea extrajudicial o judicial— o cuando no sea aprobado por el juez, será este último quien resolverá sobre la compensación según los preceptos de los artículos 62 a 66 de la Ley de Matrimonio Civil. Los casos

<sup>111</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 102. El autor habla de acuerdos prenupciales de renuncia a la compensación.

<sup>112</sup> El artículo 71, en su inciso 1°, dispone: "*En todo caso, no procederá mediación en relación a las causales de nulidad*".

de regulación judicial de la compensación serán de mayor interés en la práctica, desde que sobre ella recaerá la controversia en los juicios de divorcio que normalmente serán unilaterales por cese de la convivencia ex artículo 55, inciso tercero. El juez resolverá sobre la procedencia de la compensación y, en el evento dar lugar a ella en la sentencia, sobre su cuantía y forma de pago. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil. En la práctica pueden presentarse los siguientes supuestos: i) Que la compensación sea reclamada en la demanda de divorcio o nulidad; ii) Si no se solicita en el escrito de demanda, el juez deberá informar acerca de este derecho en la audiencia de conciliación. El problema es que en los juicios de nulidad no hay audiencia de conciliación y frente a ello debe resolverse qué ocurre cuando tratándose de este juicio, el demandante no lo solicita. A mi entender, creo que el juez, por aplicación del principio de la protección del interés del cónyuge más débil del artículo 3° de la Ley de Matrimonio Civil, igualmente deberá informar a los cónyuges sobre este derecho y lo debiera hacer al momento de proveer la demanda. Lo que interesa de la norma, en consecuencia, es la obligación de dar información sobre este derecho y no el trámite en el que ella debe darse; iii) En este último caso, el cónyuge demandante podrá reclamarla en un escrito complementario de la demanda y el demandante por vía de reconvencción; iv) Si las partes no reclaman la compensación dentro del juicio, se producirá la caducidad de la acción para reclamarla.<sup>113</sup> Esta última regla no está establecida expresamente por el legislador, pero se infiere de la propia regulación de los efectos del divorcio. El legislador persigue poner término definitivamente al conflicto entre los cónyuges y así evitar la prolongación de la crisis en el tiempo, resguardando dos intereses de tutela necesaria, el interés del cónyuge más débil y el superior de los hijos. Lo mismo se aplica para el caso de la

<sup>113</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 104. El profesor sostiene que "hay que distinguir la preclusión del derecho a reclamar la compensación económica de la prescripción una vez determinada la compensación en la sentencia de nulidad o divorcio [...]. En cuanto al derecho a reclamar la compensación, la situación es menos límpida. En este caso existe una preclusión del derecho a reclamarla que se extingue en la audiencia de conciliación. Una vez que el juez informa la posibilidad de demandarla, la ausencia de requerimiento constituye preclusión del derecho a accionar".



nulidad, debiendo insistir en la necesidad de que el juez informe a los cónyuges sobre el derecho a la compensación si no se pide en la demanda.

Una vez deducida la solicitud y no habiéndose alcanzado un acuerdo dentro del juicio, el juez está dotado de amplias facultades para resolver sobre la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación. De la correcta realización de la actividad judicial dependerá la consecución de fines que se tuvieron en vista al instaurar esta institución y por ello los jueces al ponderar las circunstancias deberán poner sumo cuidado al justificar la procedencia y cuantía de la compensación. En esta materia será fundamental la prueba que rindan las partes y la motivación de los fallos, debiendo rechazarse las sumas alzadas fijadas antojadizamente.

#### 4. EL DERECHO A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA ES TRANSMISIBLE A LOS HEREDEROS DEL CÓNYUGE DEUDOR Y ACREEDOR EN CASO DE FALLECIMIENTO

La ley nada dice. Si se recurre a la historia de la ley, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se sostiene la intransmisibilidad de la compensación a los herederos del cónyuge deudor, no así a los del cónyuge acreedor. Se observa una cierta confusión conceptual, porque se argumenta que como la compensación no constituye alimentos, ella no puede ser considerada una baja general de la herencia, sino como cualquier deuda hereditaria, olvidando que éstas, al igual que los primeros, también constituyen una baja general de la herencia según el artículo 959 del Código Civil.

A pesar de lo que pueda inferirse de los antecedentes legislativos y del silencio de la norma, estimo que la compensación se transmite a los herederos del deudor conforme a las reglas generales, sin perjuicio del beneficio de inventario que puedan oponer al acreedor.<sup>114</sup> Pueden distinguirse dos supuestos: i) Que durante la secuela del juicio fallezca el cónyuge demandado. En este caso, deben aplicarse las normas procesales y los herederos del cónyuge

<sup>114</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 101.



demandado le subrogarían y si son condenados, estarán obligados para con el cónyuge acreedor, y ii) Que el cónyuge deudor fallezca después de la condena o de haberse perfeccionado el acuerdo entre los cónyuges aprobado judicialmente. Si se da este supuesto, no existe duda, ni puede discutirse la transmisión de la obligación a sus herederos. En ambos casos la compensación constituirá una baja general de la herencia.

En lo tocante a los herederos del cónyuge acreedor, hay que preguntarse si el derecho a la compensación económica es transmisible o no a los herederos del cónyuge acreedor o del cónyuge con título para reclamarla. La ley nada dice, empero, atendida la naturaleza jurídica de la compensación y su finalidad, me atrevería a afirmar que sólo habrá transmisión del derecho cuando éste haya nacido por la declaración judicial de nulidad matrimonial o divorcio, independientemente si la ha fijado el juez o lo han hecho los cónyuges de común acuerdo. Se trata de un derecho de crédito que como tal ha ingresado al patrimonio del cónyuge beneficiario que pasa a sus herederos. O sea, el solo título legal para pedir la compensación, incluso cuando concurren sus elementos constitutivos, no es suficiente para que opere la transmisión a los herederos del cónyuge virtualmente beneficiario.

#### 5. FORMA DE PAGO

En el derecho chileno, al igual que en el francés, la regla es que la compensación económica es una prestación única que representa una base cierta para que el cónyuge beneficiario pueda rehacer su vida separada y alcanzar un estatus económico autónomo. Otra cosa es la forma de pago que acuerden los cónyuges o establezca el juez. El artículo 65 de la Ley de Matrimonio Civil reconoce al juez amplias facultades sobre el particular. La compensación puede pagarse en dinero o en especies o mediante la constitución de un derecho real de usufructo, uso o habitación sobre un inmueble del cónyuge deudor. El juez podrá decretar las siguientes modalidades de pago:

a) Entrega al cónyuge beneficiario de una suma de dinero, especies o acciones. Si se trata de una suma de dinero, ella podrá pagarse de una sola vez o en varias cuotas reajustables, quedando el juez autorizado para fijar las seguridades para el pago como cual-



quiera clase de caución, sea personal, real o bancaria, como una fianza solidaria, una hipoteca, una boleta bancaria de garantía o cualquiera otra innominada. Es del caso dejar planteada la siguiente cuestión: Cuando se le somete al juez un acuerdo de compensación para su aprobación ¿debe, o no, considerar la forma de pago establecida por las partes? Por ejemplo, se acuerda el pago en cuotas en pesos y sin caución. Sin profundizar sobre el particular, creo que dicho acuerdo no podrá ser aprobado en esas condiciones, pudiendo y debiendo el juez corregirlo o subsanarlo. La razón, esa forma de pago pone en riesgo la satisfacción del interés del cónyuge más débil. En este caso, el juez incluso podría aplicar la disposición del artículo 66 para los efectos del pago de las cuotas, las que previamente deben ser reducidas a unidades reajustables.

b) La constitución de derechos reales de usufructo, uso o habitación. Esta forma de pago de la compensación no se condice mucho con la naturaleza jurídica de la compensación económica y la aproxima más a la idea de los alimentos debidos por ley. Con ocasión de su constitución podría producirse en la práctica un tránsito desde los derechos reales constituidos en cumplimiento de la obligación de alimentos o sobre bienes familiares gravados a aquellos que representan la forma de pago de la compensación económica. Lo que en caso alguno puede llevar a confundir la naturaleza de las instituciones en juego.

El legislador prevé una regla de protección de los intereses de los terceros acreedores, característica de los efectos patrimoniales del matrimonio, similar a la del artículo 1723 del Código Civil. Conforme a la disposición, la constitución de los derechos reales no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución. Los acreedores del cónyuge constituyente podrán solicitar la realización del inmueble gravado como si el gravamen no existiese. La norma va más allá, al declarar adicionalmente que tales derechos reales no aprovecharán a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo, ni a los anteriores ni a los posteriores a la constitución. En otras palabras, los derechos reales quedan fuera del derecho de garantía general de los acreedores del cónyuge beneficiario. Esta disposición es especialmente relevante para el caso del derecho real de usufructo e innecesaria para el caso del uso o la habitación, que son inembargables conforme el artículo 1618 del Código Civil. Aquí surgen dos cuestiones. La primera, si la norma protectora de los



terceros acreedores de este precepto igualmente se aplica a los casos de compensación convenida y de necesaria aprobación judicial. Puede ser discutible la aplicación analógica de la norma, pero creo que recurriendo a los principios generales del derecho debe llegarse a la misma solución. Se aplican los principios de la seguridad jurídica y de la protección de la apariencia jurídica, que ordenan la protección de los acreedores por actuaciones voluntarias posteriores del deudor que puedan perjudicar sus intereses. La segunda, ¿qué efectos produce la realización posterior del inmueble gravado por el ejercicio del derecho de crédito de terceros anteriores o de una acción real? En otros términos, ¿de quién es el riesgo de la realización, del acreedor de la compensación o de su deudor? Lo recomendable para precaver la posible falta de protección del cónyuge acreedor —ante la ausencia de norma— es incluir esta contingencia en la demanda o en el acuerdo de compensación y sus efectos para el evento de su realización.

c) Finalmente, en caso que el cónyuge no tenga bienes suficientes, el artículo 66 prevé una norma especial y que autoriza la división de la compensación en tantas cuotas como fuere necesario, expresadas en alguna unidad reajutable, disponiendo que para los efectos del cumplimiento las cuotas serán consideradas alimentos debidos por ley, a menos que el deudor ofrezca otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que deberá declararse en la sentencia. No es que en este caso se altere la naturaleza jurídica de la compensación. Sólo se considera alimentos a las cuotas para efectos de su cumplimiento, con el fin hacer aplicables las normas especiales en materia de cumplimiento de pensiones alimenticias. Cabe precisar que en la discusión a que dio lugar el precepto se afirma que “Sin duda es una figura híbrida, pero que a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución y por esa razón se sugiere asimilarla a los alimentos no sólo por la posibilidad de solicitar el arresto nocturno del infractor ante el incumplimiento, sino también por el procedimiento ejecutivo simplificado para su cobranza”. Se reconoce que el arresto nocturno no tiene gran efecto en cuanto producir el pago, pero sí constituye un incentivo para el cumplimiento del que no se podría prescindir.<sup>115</sup>

<sup>115</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en *Boletín* 1759-18.



## 6. INMUTABILIDAD DE LA COMPENSACIÓN

Una vez fijado el monto de la compensación, o la forma cómo ésta se pagará, ella no puede modificarse —ni aumentarse, ni reducirse— aunque se alteren las circunstancias consideradas al momento de apreciar la procedencia y cuantía de la compensación según lo prescrito por el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado “rechazó la posibilidad de que el deudor solicite el cese del pago del saldo insoluto, o su reducción, por la variación de su condición económica o de la del acreedor, o por el hecho de que su ex cónyuge se case nuevamente o conviva con otra persona”. Y el senador señor Moreno creyó injusto que el cambio de condiciones habilite para solicitar que se modifique el monto ya determinado, por cuanto éste responde a la situación coetánea al divorcio o a la declaración de nulidad, no a lo que ocurra posteriormente, lo que se advierte con claridad si se atiende al supuesto que el deudor hubiese pagado de contado, al que no se le reconocería derecho a devolución alguna.<sup>116</sup>

La compensación económica es inmutable a pesar que se haya acordado o resuelto el pago de la compensación en cuotas de acuerdo al artículo 65 N° 1 de la Ley de Matrimonio Civil y éstas se hallen pendientes de pago; ni siquiera cuando el juez excepcionalmente disponga el pago en cuantas cuotas fueren necesarias y éstas sean consideradas alimentos para el solo efecto de su cumplimiento según el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil.<sup>117</sup>

Esta característica es la muestra más palpable que nuestro legislador optó por una compensación de naturaleza distinta a la alimenticia.

<sup>116</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en *Boletín* N° 1759-18, p. 171.

<sup>117</sup> En contra de la inmutabilidad de la compensación económica, TURNER, Susan, cit. (n. 46), pp. 100-101. La profesora Turner critica el que la ley no contemple vías para solicitar la reducción o extinción de la compensación económica, porque la parte deudora podría quedar vinculada económicamente durante años con quien la ley declaró ya no ser su cónyuge, sin consideración alguna de las variaciones que pueda sufrir su capacidad económica o la situación patrimonial de la parte acreedora. Y estima que ello constituye un desincentivo al trabajo tanto del cónyuge beneficiario como del cónyuge deudor.



## VII. CONCLUSIONES

1. La compensación económica constituye la más importante concreción del principio de protección al cónyuge más débil del artículo 3° de la Ley de Matrimonio Civil, y para estos efectos se considera como tal al cónyuge que por dedicarse a la familia durante el matrimonio no pudo desarrollar una actividad remunerada como podía y quería.

2. Esta institución descansa en tres fundamentos jurídicos: a) el desequilibrio económico que se produce a consecuencia del divorcio o la nulidad dadas las condiciones en que se desarrolló la comunidad de vida que implica el matrimonio; b) la protección a la confianza creada en el cónyuge dedicado al hogar o al cuidado de los hijos acerca de la conservación del vínculo y los efectos jurídicos derivados de su estatuto protector; y, estrechamente vinculado con ambos, y c) el enriquecimiento a expensas del otro.

3. La compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia que no calza con ninguna institución preexistente. Ella constituye una obligación legal impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro con la finalidad de corregir por medio de una prestación pecuniaria un desequilibrio o una disparidad económica producida a consecuencia del divorcio o la nulidad y que consiste en proporcionar al cónyuge beneficiario o acreedor una base económica cierta para rehacer su vida separada y así alcanzar un estatus económico autónomo adecuado al que tenía durante el matrimonio. La compensación económica se asimila a las llamadas indemnizaciones por sacrificio, pero no se identifica con una especie de responsabilidad civil.

4. Los elementos constitutivos de la compensación son: i) que uno de los cónyuges se dedique durante el matrimonio al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común; ii) que a consecuencia de ello no haya podido desarrollar una actividad remunerada o la haya desarrollado en una menor medida que la que podía y quería; iii) que se declare el divorcio o la nulidad matrimonial, y iv) que de ello se siga un menoscabo económico para el cónyuge dedicado.

5. El menoscabo económico no es un daño, sino que el desequilibrio o disparidad económica entre los dos cónyuges que constituye un obstáculo para que ambos rehagan su vida separada en un plano de igualdad. Uno comienza su vida separada un pie más atrás.



6. El menoscabo económico no resulta naturalmente de la concurrencia del supuesto típico del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, sino que debe justificarse y ello presupone la consideración de todas las circunstancias o factores del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil. Tales circunstancias o factores son esenciales para determinar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación.

7. La compensación económica se desenvuelve al margen de la culpa o la mala fe del cónyuge deudor. La culpa o mala fe del acreedor interesa para efectos de declarar la improcedencia de la compensación o reducir su cuantía, a pesar del menoscabo y su real entidad. Estos criterios subjetivos actúan como una verdadera sanción y su ponderación queda entregada al juez.

8. El régimen legal de la compensación económica se caracteriza por lo siguiente: a) se aplica a los supuestos de nulidad y divorcio; b) el derecho a la compensación es irrenunciable anticipadamente; c) la compensación económica puede ser acordada antes de la celebración del matrimonio o durante su vigencia mediante escritura pública o avenimiento judicial, en ambos casos aprobados judicialmente; d) si no hay acuerdo, la establece el juez a petición de parte interesada, o en la demanda, o en un escrito complementario de ésta o por vía de reconvencción; e) la compensación económica acordada por los cónyuges o fijada por el juez no es susceptible de modificación por cambio de las circunstancias que motivaron el acuerdo o la resolución judicial.

9. Finalmente, cabe precisar que la compensación económica no excluye el ejercicio de la acción indemnizatoria por el daño por delito o cuasidelito civil derivado de los hechos constitutivos de las causales de divorcio del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil.



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL  
MATRIMONIO Y RECONOCIMIENTO DE  
SENTENCIAS EXTRANJERAS SOBRE DIVORCIO  
Y NULIDAD EN LA LEY N° 19.947

*Patricio Aguirre Veloso*

Sin lugar a dudas la discusión en torno al proyecto actualmente convertido en Ley de Matrimonio Civil, se centró en torno a la incorporación en nuestro ordenamiento del divorcio vincular. Con todo, forzoso es reconocer que una adecuada regulación de la institución matrimonial excede largamente la reglamentación de su terminación. Entre las materias que exigían ser abordadas, encontramos la relativa a la legislación aplicable al matrimonio celebrado en el extranjero, y más ampliamente, a todos los problemas de derecho internacional privado que pueden presentarse con ocasión del matrimonio, pues la legislación anterior<sup>1</sup> al respecto era evidentemente insuficiente.

Si bien ni el proyecto original ni las indicaciones formuladas durante su tramitación en la Cámara de Diputados incluyeron innovaciones sobre el particular, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado incorporó el que, con algunas modificaciones, llegaría a ser el actual capítulo VIII de la Ley N° 19.947,<sup>2</sup> destinado como se desprende de su epígrafe, a la determinación de la ley aplicable y reconocimiento de sentencias extranjeras.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Al hablar de la "antigua legislación", la "antigua Ley de Matrimonio Civil" o "la ley de 1884", nos referimos a la Ley de Matrimonio Civil del año 1884 y sus modificaciones posteriores, así como a las normas pertinentes del Código Civil (artículos 120, 121 y 135).

<sup>2</sup> En adelante indistintamente también "la nueva Ley de Matrimonio Civil", "la nueva ley" o, simplemente, "la ley".

<sup>3</sup> La inclusión de los artículos 80 a 84 que componen el capítulo VIII, es el resultado de la intervención del destacado profesor de derecho internacional privado don Enrique Barros Bourie, quien, invitado por la comisión, hizo presente

