De la Compensación Económica en la Nulidad y el Divorcio

A mi madre,
quien probablemente nunca leerá este trabajo,
pero que sólo con su apoyo,
ha logrado tener existencia.

Prólogo

En nuestro país, en el año 1884, se promulgó la primera Ley de Matrimonio Civil, en la cual se decidió no consagrar el derecho a divorcio vincular de los cónyuges, por estimarse altamente inconveniente para la perdurabilidad de la familia y por considerar la Iglesia Católica (quienes hasta ese instante eran los únicos reguladores del matrimonio a través del derecho Canónico), que atentaba contra la más profundas raíces de su creencia. Sin embargo, no todos compartieron dichos fundamentos e incluso, algunos que sí los compartían, también se vieron superados por la realidad del fracaso en su proyecto de vida en común.

La jurisprudencia entonces, tuvo un papel preponderante al permitir que los matrimonios se desvincularan a través del proceso de nulidad, que la misma ley contemplaba. Esta solución, ocupaba como principal argumento la falta de competencia del oficial del Registro Civil, es decir, los cónyuges concurrían ante el juez y le manifestaban que al momento de casarse no tenían su domicilio en el lugar donde el oficial era competente. Con ello, luego del procedimiento de la consulta a la Corte de Apelaciones respectiva, se declaraba nulo el matrimonio, por lo que los cónyuges pasaban a ser personas solteras, con todos los derechos y obligaciones que su nueva calidad les imponía.

Esta solución, que se practicó por más de 100 años en nuestro país y en que los jueces fueron criticados por aceptar un mentira manifiesta, tenía altos inconvenientes, entre ellos los siguientes: se necesitaba del acuerdo de las partes; normalmente para llegar a ese acuerdo, el cónyuge que deseaba la nulidad era quien costeaba los gastos y además debía entregarle una cantidad de dinero al otro; no todos los jueces aceptaban esta práctica, por lo que el sistema no era uniforme; al declararse la nulidad, no existía reconocimiento de la situación del matrimonio; no existía ningún tipo de regulación respecto de los hijos; etc. Como se aprecia, durante todo ese tiempo se vivió bajo un sistema de "divorcio vincular" falso y altamente inconveniente, pues permitió que durante más de un siglo, muchas personas (hasta el día de hoy) consideren normal ir a mentir a un tribunal.

Luego de muchas discusiones y presiones sociales, en contra de ciertos sectores de nuestro país, que aún mantienen las mismas opiniones del año 1884, se promulgó una nueva Ley de Matrimonio Civil, la cual comenzó a regir desde el 18 de noviembre de 2004 y, la cual presentó entre sus novedades la consagración del divorcio vincular, es decir, los cónyuges al cumplir ciertos requisitos, determinados por la misma ley, pueden solicitar el termino del matrimonio. A través de esta regulación, la ley reconoce la situación anterior como cierta y les otorga la calidad de divorciados, regulándose además, no sólo las obligaciones con los hijos, sino también entre los solicitantes y respecto de sus bienes.

Sin embargo, toda esta regulación acarrea un problema, que no sólo se presenta en nuestro país, sino que en todo aquel en cual se decide permitir el divorcio. Dicho inconveniente es el siguiente: los cónyuges mantienen una comunidad de vida, formada por el matrimonio, la cual al destruirse puede dejar en una posición incomoda, por decirlo de alguna manera, a uno de los cónyuges. Ese cónyuge al cual hago referencia, es el más débil de la relación matrimonial y esa

debilidad se manifiesta exclusivamente por la dificultad o imposibilidad de mantenerse por sí mismo.

Bajo esta circunstancia, una de las primeras cosas que piensa un Estado al momento de decidir sobre el divorcio, es que pasa con aquellas personas que luego de la desvinculación marital no pueden sostenerse económicamente por sí mismos. Estamos en presencia de una situación que puede crear una nueva clase de pobres, es decir, cónyuges, esencialmente mujeres, que luego del divorcio no tiene como procurarse una subsistencia digna, colapsando los beneficios sociales y en la mayoría de los casos viéndose obligadas a solicitar la ayuda del resto de la familia. Esto es lo que sucedió durante todo el lapso en el cual existió sólo la nulidad matrimonial, pues las mujeres en muchos casos perdieron la posición que mantenían mientras existía la comunidad de vida y en otros tantos, siguieron dependiendo incluso, de la caridad del ex –cónyuge. La alternativa para el legislador frente a este problema, es clara: el Estado se preocupa de esas personas o se traspasa la responsabilidad a los particulares.

Si el Estado decide ocuparse de aquellos cónyuges que no pueden mantenerse por sí mismos, entonces se verá obligado a desembolsar una gran cantidad de recursos a fin de evitar que dichas personas caigan en una situación de pobreza. Claramente, no es el camino que nuestro país decidió seguir.

El otro camino, es el de traspasarles la obligación a los particulares. Y el particular llamado a tomar esta carga debe ser sin lugar a dudas, el cónyuge que se encuentra en una mejor situación económica, pensando en el momento en que se encuentre en solitario. El fundamento jurídico para obligar al cónyuge mejor posicionado a ocuparse de la situación económica posterior de aquel que no ya no es su cónyuge, se encuentra en el menoscabo económico que sufrió durante el matrimonio. Menoscabo que será necesario probar en juicio, a través del cumplimiento de una serie de requisitos que la misma ley establece. Esta es, la llamada "compensación económica", la cual no es original de nuestro ordenamiento jurídico, ya que en muchas legislaciones, como la española, inglesa, alemana, francesa y otras, se consagra, con ciertos matices que las distinguen y permiten acoplarse con la idiosincrasia de cada pueblo.

El legislador nacional además, tomó otra decisión, aplicar esta institución, también a los casos de nulidad, ya que es perfectamente lógico pensar, que de no ser así, se volvería a intentar terminar siempre el matrimonio por la vía de la nulidad, para así no realizar pago alguno.

Si el divorcio, como institución discutida desde hace más de un siglo, ya resulta un paso trascendente, que cambia las concepciones sociales respecto del matrimonio, con mayor razón entonces lo es la compensación económica, voz que no resulta conocida para la mayoría de las personas de nuestro país. Es como una suerte de cambio de las reglas del juego, sin consultar a los participantes. Piénsese, en lo siguiente: para las personas en general, la terminación del matrimonio antes de esta modificación estaba dado por la nulidad y la mayoría la conocían y aceptaban como natural y cierta. De hecho es común hasta el día de hoy escuchar la amenaza conyugal "no te voy a dar la firma", condición que evidentemente ya no es válida. Al producirse el cambio al sistema del divorcio, para esas mismas personas, la situación no cambio mucho, simplemente consideran que el único cambio está en los requisitos, es decir, ya no tienen que concurrir frente a un juez a decir

que no vivían en el lugar en que se casaron sino que deben concurrir frente al juez y decir que hace un tiempo determinado ya no viven con su cónyuge, aportando la prueba necesaria para ello, incluso comienza a crecer cada vez más el mito del divorcio por prescripción, en donde inexplicablemente hay personas que creen que por el transcurso de 5 años de separación el matrimonio se termina por el sólo ministerio de la ley.

Como se aprecia, para el general de las personas, el sistema cambió, pero no tanto; para la mayoría existe una consagración del derecho al divorcio, pero antes igual se podía obtener, por la vía de la nulidad. A lo que me refiero con esto, que el impacto de la terminación del matrimonio por medio del divorcio no caló en los huesos de las personas, porque el sistema antiguo de la nulidad ya se encontraba inscrito en nuestra sociedad como una forma real de poner término al matrimonio, cabe recordar los avisos en los diarios ofreciendo nulidades de matrimonio, llegando incluso al extremo de cobrar $1.000 (mil pesos) mensuales por la obtención de una declaración de nulidad.

La compensación económica, sin embargo, es un tema distinto, completamente ignorado, incluso para el estudiante de derecho que conoció el sistema antiguo. Se habla de una obligación, que nadie le comunicó a los cónyuges al momento de casarse, nadie les dijo que esto podía suceder. Hay casos de personas que se casaron hace 50 años, que se separaron hace 40 y que han reiniciado su vida con hijos y nietos que nada tienen que ver con la persona que aparece en cualquier registro como su cónyuge. Para esas personas, explicarles en que consiste este sistema y hacerlos comprender que es justo y que va en beneficio del cónyuge que no ven hace décadas, resulta una tarea de sumo difícil. Esta situación es a mi opinión, el gran error de la nueva Ley de Matrimonio Civil, no pensar en aquellas personas que se casaron bajo un régimen distinto, con consideraciones sociales y familiares distintas, para hoy quizá descabelladas pero con plena vigencia y aceptadas por la mayoría en esa época. Aún se sigue considerando por muchos, que la compensación económica sigue siendo un pago por la firma. Lo dicho, no resulta de una crítica a la población sino que al contrario, revela como la complejidad de esta institución se manifiesta en todos los aspectos, en los tribunales, en la doctrina, en las escuelas de derecho y en la sociedad.

Por ello, el presente trabajo tiene por objeto intentar presentar esta institución de una manera general, considerando tres aspectos principales: su fundamento, su naturaleza y el análisis de las circunstancias del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil. Estos tres aspectos, resultan esenciales, en mi opinión, para la aplicación jurisprudencial de esta institución. El resultado final dependerá exclusivamente de la opinión que el juez de turno tenga respecto de estos tres aspectos jurídicos.

El primer capítulo de este trabajo, tiene por objeto presentar la institución, la manera es similar a lo que ya se ha escrito respecto del tema, pero resulta inevitable para cualquiera que quiera referirse a la compensación económica en términos generales. Este primer capítulo cuenta con una comparación con tres instituciones similares con la compensación económica: el derecho de alimentos, la responsabilidad con culpa y el enriquecimiento sin causa. Al ser una institución novedosa, siempre es positivo compararla con algunas ya conocidas, porque así el lenguaje lo entendemos de mejor manera.

El segundo capítulo, comienza presentando el fundamento de la compensación económica, considerando al desequilibrio económico entre los cónyuges, como el velo que cubre esta institución. A continuación, se presentan dos formas de apreciar este fundamento, las cuales resultan esenciales tenerlas presentes, ya que son muchos los autores, los que al momento de escribir, plasman una u otra posición, estas son: la autosuficiencia del cónyuge más débil y el sacrificio del cónyuge más débil. La primera, mira el pasado, el presente y el futuro, la segunda esencialmente lo ocurrido durante el matrimonio.

En el mismo segundo capítulo, presento cuatro teorías respecto a su naturaleza jurídica: la obligación legal, el enriquecimiento sin causa, la obligación asistencial y la indemnización por equidad. Con ello, es posible apreciar, las diferencias que existen respecto a lo que se cree que es la compensación económica, diferentes entre sí, con objetivos distintos y con una utilidad específica: determinar la normativa supletoria e inclinar al juez en su apreciación y posterior decisión. El capítulo concluye, con la presentación de una serie de conceptos que los autores han descrito en sus textos y que revela también las diferencias de opinión.

El tercer capitulo, ingresa en la aplicación misma de la institución y comienza en primer lugar, estudiando sus presupuestos de aplicación, los cuales no están ajenos a las diferencias de opinión; continua con el análisis del artículo 62 y sus presupuestos, un examen que intenta ser detallado y útil en la práctica, presentando diversas percepciones y formas de aplicación; por último concluye con la presentación de una sentencia judicial que grafica como se puede llegar a determinar la cuantía de la compensación.

El cuarto capítulo, finaliza señalando lo relativo al pago de la compensación económica y otras consideraciones que fueron reguladas en la ley.

Por último, no debo dejar de agradecer a una serie de personas que desinteresadamente y sin obligación alguna me ayudaron a elaborar este trabajo. A mi compañera Karen, quien sufrió mis cambios de humor y me guió en cada confusión que tuve respecto a ciertos fundamentos del derecho; a Diego Correa, que con poco tiempo de amistad me facilitó mucho material que me resultó indispensable; a Ximena Díaz, mi abogada auxiliar en la Corporación de Asistencia Judicial de Viña del Mar, quien fue siempre generosa con sus conocimientos y fue de las primeras personas con quien discutí respecto a este tema; a Pedro Guerra, a esta altura un amigo y, un fiel opositor a esta institución; a doña Paula Navarro, juez de familia de Viña del Mar, quien luego de una audiencia me facilitó algunos libros muy útiles respecto al tema no sólo de la compensación sino que también respecto de la familia y, por último, a mi amigo Rodrigo Tapia, quien no sólo me envió jurisprudencia, sino que constantemente me dio su ánimo para concluir este trabajo. A ellos y a mis amigos que siempre me brindaron su apoyo: Muchas Gracias.

Capítulo 1

Ámbito de aplicación de la compensación económica y de las diferencias y semejanzas con otras figuras.

La compensación económica se encuentra regulada en la nueva Ley de Matrimonio Civil, número 19.947, la cual rige desde el 18 de noviembre de 2004, específicamente se encuentra en el capítulo VII, del párrafo denominado ***"De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio".*** Denominación que no deja de ser curiosa, pues la compensación económica sólo procede para los casos de nulidad y divorcio y no para los de separación judicial. Para Javier Barrientos Grandón y Aranzazu Novales, esto se debería a que se tuvo en vista al momento de redactar la mencionada ley la rúbrica del capítulo IX del libro I del Código Civil español, llamado: *"De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio"*, en dicho párrafo es donde se regula la llamada "pensión compensatoria"[1].

Extrañamente, dicha denominación también resulta equivocada para el caso del Código Civil español y su pensión compensatoria, puesto que en ese caso, opera solamente para la separación y el divorcio y, para el caso de la nulidad, existe una figura distinta llamada *indemnización*[2]. Por lo tanto, se concluye que el legislador chileno habría copiado la rúbrica de manera irreflexiva.

Para Pamela Prado, la opinión es diversa, "lo que ocurre es que en este mismo Capítulo se encuentran otras materias aplicables también a la separación, como la conciliación y la mediación"[3]. Este punto de vista considera que el párrafo mencionado tiene como objeto regular efectos comunes para la nulidad, separación y divorcio y no tratar solamente los efectos de la compensación económica, esta última es sólo un efecto más del matrimonio.

Esta institución, resulta completamente novedosa, sobretodo pensando que es parte de una modificación legislativa sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, en que además de reglamentar el divorcio con disolución de vínculo establece el derecho a la compensación económica al llamado cónyuge más débil[4].

El artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, regula el supuesto básico para que se otorgue una compensación económica de la siguiente manera: *Si, como consecuencia de haberse dedicado*

---

[1] **Javier Barrientos Grandón y Aranzazu Novales Alquezar**. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile. Año 2004.

[2] **Herminia Campusano Tomé**. *La Pensión por Desequilibrio Económico de Separación y Divorcio*. Página 17.

[3] **Pamela Prado López.** *Repercusión Económica en la Crisis Matrimonial*. Revista Escuela de Derecho. Sede Valparaíso. Universidad del Mar. Año 2005.

[4] ¿Qué debe entenderse por cónyuge más débil? La tarea de precisar esa calidad no hay dudas que le va a corresponder al juez, aunque no es aventurado asegurar que en la mayoría de los casos –por no decir en todos-, el cónyuge más débil será la mujer. (…) La señora Delpiano, en la señalada sesión, acotó que, "aunque la fuerza de trabajo femenina ha ido creciendo en nuestro país, en la actualidad alcanza solamente al 35%, lo que significa que el 65% de las mujeres está dedicado al trabajo doméstico no remunerado. Por otro lado, agregó, existe una brecha salarial del 68% respecto de los hombres". **Rubén Celis Rodríguez.** *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Página 129.

al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa. Al leerlo una primera vez, se tiene la sensación que sus requisitos son claros y que no presentaría mayores problemas su aplicación, sin embargo, al no existir abundante doctrina ni jurisprudencia, el campo de situaciones que se nos pueden presentar son innumerables, lo que hace que al momentos de adentrarse en la norma, la situación ya no sea tan sencilla como pareció en un principio.

Ámbito de Aplicación de la Compensación Económica

Según el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, la compensación económica es un derecho del cónyuge más débil de la relación matrimonial[5], con el cual se verá beneficiado siempre que cumpla con los requisitos que establece la ley y, que procede en los casos de nulidad y de divorcio.

El divorcio, tiene por objeto permitir a los cónyuges poner fin al matrimonio, siempre que cumplan con los requisitos que la ley instituye y sin desconocer que dicha unión marital existió en el pasado. Es decir, todos los efectos que esa unión produjo mientras se encontraba vigente, son plenamente válidos, pues nuestro ordenamiento jurídico la reconoce como cierta. No importa el tipo de divorcio que se sancione, puede ser por culpa, de común acuerdo o unilateral, el matrimonio existió y, si durante ese periodo uno de los cónyuges cumple con los requisitos que establece el artículo 61, tiene el derecho a solicitar al otro cónyuge, que le pague una compensación económica.

En el caso de la nulidad, existen dos tipos de matrimonios nulos, el matrimonio simplemente nulo y el matrimonio nulo putativo. El matrimonio simplemente nulo, se produce por la concurrencia de alguna de las causales de nulidad que establece la ley y tiene como principal efecto el que restituye a los cónyuges al mismo estado en que se encontraban hasta antes de contraer matrimonio, produciéndose la siguiente ficción legal: el matrimonio no existió nunca, así por ejemplo, no existió sociedad conyugal, sino una comunidad de bienes. Bajo esa ficción, toda la relación que reinó entre los "presuntos cónyuges", sólo tuvo la apariencia de matrimonio, por lo que los efectos que este produjo durante su vigencia nunca fueron propios del matrimonio, ya que este no existió.

Para el caso del matrimonio nulo putativo, la regulación es distinta. El efecto del matrimonio simplemente nulo es drástico, por ello el derecho canónico "temperó el rigor de sus

---

[5] Para muchos parlamentarios y académicos, este derecho está esencialmente en beneficio de la mujer. En este sentido se encuentra la opinión de Ana María Rivera quien expresa lo siguiente: "Sabemos que este beneficio se encuentra referido fundamentalmente a la mujer, ya que es usual que privilegie a sus hijos por sobre el desarrollo de una carrera o un trabajo que resulte muy absorbente, aunque si bien se daba con mayor frecuencia en el pasado, aún sigue aconteciendo. **Ana María Rivera A.** *El Beneficio de la Compensación Económica*. Artículo Publicado en Servicios Mundo Mujer. www.mundomujer.cl. Visitado el 10 de Octubre de 2006.

sistema de nulidad mediante la teoría del matrimonio putativo. La idea general consiste en favorecer a los cónyuges que de buena fe y con justa causa de error han contraído un matrimonio nulo"[6]. El favorecimiento al que se refiere, es que respecto de ese cónyuge el matrimonio nulo producirá los mismos efectos que el válido. Aquí nuestro ordenamiento jurídico en este caso de nulidad, reconoce que la unión matrimonial existió y que produjo efectos válidos, al menos para el cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo.

La principal diferencia para ambos tipos de nulidad se encuentra a la vista: para el caso del matrimonio simplemente nulo, el matrimonio jamás existió y, por lo tanto, al no existir no produjo efectos. Mientras en el caso del matrimonio nulo putativo, el matrimonio existió y produjo efectos para aquel cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo.

La compensación económica por su parte, es uno de los efectos del matrimonio, el cual se introdujo en la modificación que sufrió nuestra Ley de Matrimonio Civil. La característica de este efecto es que, para que opere es necesario que se ponga término al matrimonio y que se cumplan por parte del solicitante una serie de requisitos, los cuales deben tener lugar durante la vigencia del matrimonio. Sin embargo, en el caso del matrimonio simplemente nulo, éste nunca existió y, por lo mismo, no produjo efectos, entonces ¿cómo es posible que si produzca el efecto de hacer nacer el derecho a solicitar una compensación económica y bajo un supuesto que ocurrió durante un matrimonio que jamás existió?. Para responder a esta pregunta ofrezco dos apreciaciones distintas:

- La ley al hablar de nulidad en el artículo 61, lo hace refiriéndose a la regla general en materia de nulidad, es decir, al matrimonio nulo putativo. Esto porque el artículo 52 de la Ley de Matrimonio Civil, establece lo siguiente: *Se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia.* Por lo tanto, sólo para este caso la compensación económica es aplicable, ya que sólo para este cónyuge el matrimonio nulo produce efectos válidos. Así entonces, la compensación económica no sería aplicable para el caso del matrimonio simplemente nulo ni para el cónyuge que de mala fe y sin justa causa de error contrajo el matrimonio nulo. En un sentido similar, Susan Turner señala, "en cuanto a la nulidad, el efecto retroactivo de su declaración debiera excluirla del ámbito de la compensación económica"[7].

- Otra forma de mirar este asunto, es teniendo la certeza que la legislación que regula la institución de la compensación económica, es aplicable tanto para los casos de la nulidad y de divorcio. En primer lugar, la ley no hace distinción alguna, por lo que al intérprete tampoco le cabe distinguir, el artículo 61, dice claramente "*cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio".* En segundo lugar, para el legislador resulta claro que en el caso del matrimonio simplemente nulo, opera sólo una ficción legal, que no tiene por objeto desconocer el hecho real de una relación afectiva que le causó un menoscabo económico a uno de los cónyuges. Una posición en contrario favorecería intentar siempre lograr el término del matrimonio a través de la

---

[6] **Hernán Troncoso Larrondo.** *Derecho de Familia*. Editorial Lexis Nexis. Fondo de Publicación la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Novena Edición. Santiago de Chile. Página 82.

[7] **Susan Turner Saelzer.** *Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil*. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen XVI. Julio 2004. Versión on-line www.scielo.cl Visitado el 20 de agosto de 2006. Página 92.

vía del matrimonio simplemente nulo. En tercer lugar, para el caso del cónyuge que de mala fe contrajo el matrimonio, este también tiene derecho a solicitar una compensación económica, ya que también puede cumplir los supuestos del artículo 61. De hecho la buena o mala fe se consagra como una circunstancia que se debe tener en cuenta para determinar la existencia del menoscabo económico y el monto de la compensación. Si el cónyuge de mala fe no tiene derecho a solicitar una compensación económica, entonces el legislador no lo habría consagrado como una circunstancia necesaria de apreciar. Es inevitable tener presente ya, que las circunstancias del artículo 62, tienen un objeto preciso, ya mencionado y, no tiene como finalidad decidir sobre la procedencia de la compensación como derecho, para ello existe el artículo 61 y sus supuestos. Para finalizar, el H. Senador Chadwick "explicó que, sin llegar a negar el derecho a la compensación al cónyuge que contrajo matrimonio nulo estando de mala fe, parece prudente contemplarla como un factor que el juez debe considerar para fijar su procedencia y monto"[8], como se aprecia no es intención del legislador quitarle el derecho a solicitar una compensación a aquel cónyuge que de mala fe contrajo un matrimonio nulo.

De las Diferencias y Semejanzas con Otras Figuras

Prácticamente todos los autores que han escrito sobre este tema se refieren a la comparación de la compensación económica con otras figuras afines. Esto se debe en primer lugar a que ayuda en el intento de determinar cual es su naturaleza jurídica y además porque durante las discusiones parlamentarias se fueron mencionando, comparando y ejemplificando. Por ello, aunque no resulte original, este trabajo también realizará la mencionada comparación:

1. Comparación con el Derecho de Alimentos.

Para ir efectuando un cotejo entre ambas figuras, las analizaré teniendo en cuenta su concepto, sus requisitos y su finalidad.

En cuanto al concepto de la pensión de alimentos, se puede decir que es: aquella que la ley otorga a una persona para demandar de otro, que cuenta con los medios para proporcionárselo, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir alimentos propiamente tales, habitación, vestuario, salud, educación, incluido el aprendizaje de una profesión, más su recreación. Este concepto, de carácter descriptivo, de la pensión de alimentos, muestra claramente en que consiste el derecho y sirve para dar un primer paso al compararlo con la compensación económica.

Dentro de los elementos importantes del derecho de alimentos se encuentran dos, que tienen la característica de ser correlativos. El primero, el estado de necesidad del alimentario, es decir, que si el alimentario tiene bienes e ingresos suficientes para solventar sus necesidades, no cumple con el requisito para beneficiarse con una pensión de alimentos, tal como se expresa en el

---

[8] **Carolina Montecinos Fabio.** *Historia de la Ley: La Compensación Económica en la Ley Nº 19.947 que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Artículo publicado en la Revista Leyes y Sentencias Nº 16, del 1 al 14 de mayo de 2006. Santiago de Chile. Año 2006. Página 183.

artículo 330 del Código Civil y, el segundo, es la capacidad del alimentante, es decir, que el alimentante tenga los medios como para otorgar los alimentos. Para el caso que el alimentario sea un menor y se los solicite a su padre o madre, la ley 14.908, establece una presunción en su artículo 3, la que se refiere a que el alimentante tiene los medios como para otorgar los mencionados alimentos; además la misma ley regla que el mínimo que se puede establecer como pensión de alimentos es el 40% si el alimentario es un menor o 30% si son dos o más menores, siempre que no se sobrepase el 50% del ingreso del alimentante, sin embargo, todo esto se puede ver vulnerado si el alimentante justifica al tribunal que carece de los medios como para cumplir con dicho rango, con lo cual el juez tiene la facultad de rebajar prudencialmente el monto de los alimentos. En el caso de la compensación económica, si bien el llamado cónyuge más débil, es quien tiene derecho a solicitarla, hay que atender al artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, que establece que se debe tener en cuenta para determinar el menoscabo y la cuantía de la compensación, la situación patrimonial de las partes, es decir, que al momento de determinar si existió un menoscabo y de fijar una cantidad de dinero para pagar una compensación económica se hace necesario que el juez tenga a la vista cual es la situación económica, no sólo de quien lo solicita sino que también de quien debe pagar. Frente a este planteamiento, parte de la doctrina aprecia que la situación es bastante similar al derecho de alimentos, pues en otras palabras y sin un rango determinado se tienen en cuenta las mismas situaciones, sin embargo, para Álvaro Vidal, esta situación no es así, pues aprecia que no es una condición para la compensación económica el que el cónyuge beneficiario carezca de los bienes suficientes para su subsistencia, agregando que el hecho que el legislador incluya en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil la situación patrimonial de las partes, no es bastante para convertirla en alimentos, principalmente porque no es la única circunstancia a considerar[9].

Reafirmando lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago señala en uno de sus fallos lo siguiente: "Necesario, en todo caso, se estima dejar establecido que la compensación económica no es propiamente de naturaleza alimenticia. Hay elementos que se relacionan con esta clase de prestaciones, como ocurre con la regla del artículo 66 que las asimila para efectos de su cumplimiento, cuando la obligación se ha dividido en cuotas y se deja de cumplir. Lo mismo sucede, con la consideración de la capacidad económica del cónyuge deudor, a la hora de fijar las cuotas"[10].

En cuanto a la finalidad del derecho de alimentos, éste tiene por objeto cumplir con una obligación de carácter moral y legal, en que una persona debe contribuir a la manutención de otras personas que tienen un título legal como para solicitar los alimentos, normalmente los hijos, pero también padres, cónyuges y hermanos, producto de ello, los alimentos se deben por toda la vida del alimentario, siempre que se mantengan las circunstancias que legitimaron el derecho y, en el

---

[9] **Álvaro Vidal Olivares**. *La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Segundo Semestre del 2006. Editorial Jurídica de Chile.

[10] **Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.** Título del Fallo: *Compensación Económica de Cónyuge que No Pudo Desarrollar Actividad Remunerada Durante el Matrimonio. Naturaleza. Parámetros par su Determinación.* Número de Rol: 2863-2006. Número de Gaceta: 317. Página 190. Fecha: 06 de noviembre de 2006. Redacción del Ministro señor Silva.

caso de los descendientes y hermanos además cuentan con una limitación en cuanto a su edad y actividad. Por lo mismo, con claridad se aprecia que el nexo entre estas personas que se deben alimentos es en muchos casos por bastante tiempo.

¿Podríamos decir, entonces que la compensación económica tiene la misma finalidad que el derecho de alimentos?, ya a simple vista debemos decir que no, pues la compensación económica mira un hecho que es pasado, es decir, una situación que ocurrió durante el matrimonio, para que tenga efecto en el futuro, uno de los cónyuges, el llamado más débil, tiene derecho a solicitar una cantidad de dinero porque no pudo realizar una actividad lucrativa en la medida de lo que podía y quería, por el hecho de dedicarse exclusivamente al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Como se ve, se presenta una situación en que una persona le debe a otra -con quien ya no tiene relación alguna, pues se produjo el divorcio o se declaró la nulidad- una cantidad de dinero por el hecho que en el pasado, mientras subsistía el matrimonio se dio la situación antes expuesta. Un opuesto completo al compararla con la pensión de alimentos, en donde es precisamente la relación que aún existe y la obligación que todos tenemos de ayudar a la manutención de aquellas personas que establece la ley, la que fundamenta esta institución y no un hecho que ocurrió en el pasado, sino que al contrario, se mira sólo hacia el futuro.

Pese a que considero que lo expuesto anteriormente es suficiente como para deslindar ambas instituciones, no puedo dejar de mencionar otros aspectos, que si bien son más específicos no dejan de ser menos importantes. En primer lugar hay que considerar que la compensación económica, se fija en una cantidad de dinero, por ejemplo, seis millones de pesos, la cual tiene la característica de ser inmutable, agregando el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, que si el deudor no cuenta con los bienes suficientes para solucionar el monto, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Situación que no se asemeja a la del derecho de alimentos, en que la cantidad que se fija, es en pensiones periódicas de dinero, las cuales durarán mientras se mantengan las circunstancias que motivaron dicha pensión y mientras no se extingan además los plazos que establece la ley y, sin olvidar que por esencia la pensión de alimentos es mutable, es decir, puede variar en la medida que se acredite que las circunstancias que la han motivado han variado, a través, del aumento, rebaja o cese de dicha pensión. En segundo lugar, un aspecto que se hace ineludible tener presente es que el mismo artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, diferencia la institución de la compensación económica con la del derecho de alimentos, pues establece, que si la cantidad que se debe pagar, se divide en cuotas, estas se considerarán como alimentos para el efecto de su cumplimiento, así, la misma ley nos esta diciendo que no se trata de un derecho de alimentos y que para un caso específico se le considerará como tal. Por último y, a fin de dar un argumento que cierre esta comparación, es necesario estimar la discusión que a propósito de este proyecto se dio en el Congreso Nacional, en que el H Senador Chadwick expresó: *"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"[11].

2. Comparación con la Responsabilidad Civil con Culpa.

Hasta el momento en el estudio de la compensación económica es común encontrarse con la comparación con la indemnización de perjuicios, dentro de ellos, Carlos Pizarro Wilson, considera que la compensación económica presenta un marcado carácter indemnizatorio por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento del cónyuge beneficiario, sin embargo, agrega que "no puede considerarse una genuina indemnización de perjuicios a la compensación económica, pues esta no exige culpa del cónyuge deudor. La compensación económica procede en todas las hipótesis de divorcio aún en el más inocuo solicitado por ambos cónyuges por cese de la convivencia por un plazo superior a un año"[12].

En el presente trabajo, también efectuare una comparación entre la institución de la compensación económica y la indemnización de perjuicios, teniendo presente, sin embargo, un importante elemento: el hecho que en nuestro ordenamiento jurídico, dicha institución tiene dos dimensiones, una objetiva o contractual y una subjetiva o extracontractual. Por lo tanto, la idea será ir comparándola con los elementos de ambos tipos de responsabilidad.

La responsabilidad contractual se define como "una suma de dinero que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor, cuando este no ha cumplido parcialmente o bien a retardado su cumplimiento y equivale al beneficio que al acreedor le hubiere significado la realización exacta, íntegra y oportuna de la obligación".

Uno de los elementos de este tipo de indemnizaciones, son los perjuicios. Estos son un elemento de la responsabilidad contractual, que se define como un daño que se le causa al acreedor producto del incumplimiento[13]. Dentro de estos perjuicios se encuentran dos: los perjuicios materiales o patrimoniales y los perjuicios morales o extrapatrimoniales.

En esta ocasión me centrare exclusivamente en los perjuicios patrimoniales, que es aquel detrimento al patrimonio del deudor, sea que signifique una disminución real o efectiva de el o bien que signifique la privación de obtener una utilidad o ganancia. Dentro de estos perjuicios se encuentran dos rubros: el daño emergente y el lucro cesante.

De estos dos elementos hay uno que llama la atención: el lucro cesante, entendiendo por este aquella utilidad que el acreedor habría obtenido y que no obtuvo por el incumplimiento de la obligación. Bajo este concepto se puede pensar que la compensación económica podría ser una especie de lucro cesante, por lo que el objetivo de dicha institución sería el de compensar al cónyuge más débil por todas aquellas utilidades que podría haber obtenido y no obtuvo por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Sin embargo, dicha similitud aún no es suficiente para confundir la compensación económica con la

---

[11] *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.* Boletín Nº 1759-18. Pagina 198.

[12] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 16

[13] Es necesario tener presente que existe como excepción el caso que se haya convenido una cláusula penal.

indemnización de perjuicios, tal como lo menciona Carlos Pizarro Wilson, "si bien las características de la compensación económica involucran una semejanza con el lucro cesante no cabe confundir ambas instituciones", sin embargo, más adelante agrega "si bien en cuanto a su naturaleza se aproxima dije al lucro cesante, en cuanto a la fijación del monto se acerca al daño moral"[14]. Además se debe pensar que esta posición es inaplicable respecto de la hipótesis más fuerte, ya que ¿cómo se puede hablar de lucro cesante, respecto de alguien que nunca trabajó? Esto, porque esta figura tiene por objeto determinar cuanto es lo que una persona no ganó en razón del daño que le infirió un tercero, por ejemplo, si al chofer de un colectivo, producto de una colisión con un camión estuvo un mes sin poder trabajar, entonces se efectúa un cálculo de cuanto dinero fue que no ganó durante ese tiempo.

Con todo, si se insistiera con la similitud entre el lucro cesante y la compensación económica, habría que preguntarse como se debería valorar aquella utilidad que el cónyuge más débil podría haber obtenido durante el matrimonio y que no obtuvo producto de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Esta situación sería bastante dificultosa, puesto que habría que pensar supuestamente en que hubiere trabajado el cónyuge más débil y cuanto habría ganado por dicho trabajo. Personalmente creo que esa operación no tendría la objetividad suficiente, pues se debería tener en consideración la calificación profesional del cónyuge, así como el mercado laboral que dicha calificación tiene, los vaivenes de la economía durante el período del matrimonio, etc., sin contar el hecho de aquellos cónyuges que no tienen calificación profesional o que simplemente no desearon realizar ninguna actividad remunerada durante el matrimonio. En el mismo sentido Ramón Domínguez Aguila, expresa "Si así fuese, se trataría entonces de admitir criterios reparatorios que jamás han sido acogidos ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, puesto que las ganancias probables dependen de meras posibilidades que, por lo mismo, son hipotéticas y no ciertas. Criterio semejante ha sido constantemente desestimado en la jurisprudencia por ejemplo a propósito del daño patrimonial que causa un accidente del trabajo"[15]. Proponer como solución un cálculo en base al sueldo mínimo, tampoco parece ser acertada, pues es demasiado arbitraría y constituiría una situación poco real para muchas personas. Por último, se debe tener presente que la compensación económica no tiene un espíritu de lograr que se pague lo que no se ganó, sino que su objetivo es apreciar una situación de sacrificio que uno de los cónyuges realizó en pos de la familia y que no se tradujo en ningún beneficio económico personal, por lo que los cónyuges al momento de poner término al matrimonio se encuentran en un evidente desequilibrio.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, la podemos definir como "aquella que proviene de un delito o cuasidelito civil, esto es, de un hecho ilícito, que podrá ser intencional o culpable y que causa daño a la persona o propiedad de otro". El hecho que este tipo de responsabilidad sea el que nace no de un vínculo contractual sino precisamente de un hecho ilícito,

---

[14] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 16 y 24.

[15] **Ramón Domínguez Aguila.** *La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*. Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Página 87.

que puede ser con culpa o dolo, nos aleja completamente de la compensación económica, pues esta última en nada dice relación con hechos ilícitos. Para parte de la doctrina el vínculo que ambas tienen dice relación con que es este tipo de responsabilidad la que indemniza el daño moral, sin embargo, la compensación económica no tiene por objeto indemnizar el daño moral que haya ocasionado el matrimonio, sino que su propósito es compensar un trabajo determinado que durante el matrimonio realizó uno de los cónyuges y que al momento de acabar la vida marital produjo en el un menoscabo económico determinado. No hay que olvidar que la institución de la compensación económica se puede dar en todos los tipos de divorcio incluso en los fundados en el cese de la convivencia, por lo que el daño moral no se presenta como un tema conjunto.

Se concluye entonces, que la compensación económica no se acerca a la responsabilidad civil con culpa, ya que no comparten sus objetivos ni elementos que las caracterizan, distinto será si se aprecia en relación con la responsabilidad civil objetiva o sin culpa, la cual se analizará en su oportunidad.

3. Comparación con el Enriquecimiento sin Causa.

El enriquecimiento sin causa se puede definir de la siguiente manera: "es un desplazamiento de valor que provoca un incremento patrimonial en un determinado sujeto a costa del patrimonio de otro, producido aparentemente de una manera conforme a derecho, pero en el fondo sin causa o justificación y que atribuye al perjudicado una acción de restitución".

En base a este concepto, el primer requisito para que opere dicha institución es que exista un enriquecimiento a expensas de otro. La compensación económica se justifica debido a que uno de ellos se encargó de cuidar a los hijos y de realizar las labores propias del hogar común. Por lo tanto, lo relevante en esta comparación es determinar en un primer momento si es que ese trabajo realizado por el cónyuge más débil de cuidar a los hijos o realizar las tareas del hogar común, sin la posibilidad de efectuar una actividad remunerada o no hacerlo en la medida de lo que podía y quería, provocó un enriquecimiento en el otro cónyuge, quien es el que se encuentra en la posición económica más favorable luego de la terminación del matrimonio. Ahora, es necesario tener presente que la voz enriquecimiento no sólo se refiere al incremento patrimonial sino que también a la liberación de una carga u obligación. Así entonces, aquel cónyuge que no cuido a los hijos y no se encargo de las labores propias del hogar común, resulto beneficiado, al tener que sólo preocuparse de su situación laboral. Este enriquecimiento se manifiesta en que logra una solidez patrimonial conformada por un patrimonio propio, una situación previsional que le ayudará en el futuro y una inmersión en el mercado laboral. Todo esto, no lo habría logrado, de la misma forma si hubiese tenido que realizar además las mencionadas obligaciones.

El segundo requisito del enriquecimiento sin causa es que debe existir un empobrecimiento de quien sostiene la pretensión, es decir, el que intenta la acción de restitución tiene que haber sufrido un empobrecimiento. En este caso también es necesario tener en cuenta que "el empobrecimiento del cónyuge beneficiario puede consistir en una merma económica o en la

ausencia de ingresos a su patrimonio"[16]. El cónyuge que se debió encargar de los hijos y de las labores del hogar común, no pudo trabajar o no lo hizo en la medida de lo que podía y quería, por lo tanto, sufre un empobrecimiento al no poder lograr una situación patrimonial sólida, carece de una situación previsional o la tiene en poca medida y no tiene una experiencia laboral que le permita moverse con soltura. Todos estos perjuicios, se deben apreciar en comparación con el cónyuge demandado. Como se observa, el empobrecimiento aquí se manifiesta no sólo en la ausencia de ingresos a su patrimonio, sino que también en la falta de experiencia laboral, incluyendo en este concepto también la capacitación o aprendizaje de una profesión u oficio, produciendo en conjunto el menoscabo económico necesario para que tenga lugar la compensación económica.

Por último, el tercer requisito del enriquecimiento sin causa, dice relación con que ese enriquecimiento que se produce debe ser injustificado, situación que se analizará en el capítulo relativo a la naturaleza jurídica con más profundidad, teniendo en cuenta el sacrificio del cónyuge que se esforzó por la familia y el hogar común y que no recibió ningún beneficio. Porque es claro que si el cónyuge más fuerte se hubiese visto obligado a realizar esas tareas, su producción laboral no sería la misma, pensemos sólo en aquellos permisos imprevistos que debería solicitar en su trabajo para atender una emergencia de algún hijo. El rechazo ético que esto produce es mayor si se piensa en que consiste el trabajo doméstico, el cual debemos "entenderlo en un sentido amplio, englobando tanto actividades de gestión y dirección, como de arreglo del hogar, de cuidado de los hijos, satisfacción de las necesidades de mantenimiento alimenticio, etc."[17] y agregando que "comienza a ser incuestionado que la realización de tareas domésticas constituyen un trabajo y dentro de las mismas se incluyen una gran variedad de actividades: no sólo preparar comida, ordenar y limpiar la casa, ocuparse del lavado y planchado de ropa, sino incluso el llevar a los niños al colegio o al médico, atender a otros familiares ancianos o enfermos..., si bien dicho trabajo presenta claras particularidades con respecto a lo que se considera trabajo productivo "formal"[18].

Como se puede apreciar el fundamento de la compensación económica en un principio calza con los requisitos del enriquecimiento sin causa y, aquí el legislador, tal como lo hace en el tema de las prestaciones mutuas, evita que se produzca ese enriquecimiento injustificado, consagrando una nueva institución.

---

[16] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 18

[17] **Cristina Grandal Delgado**. *La Valoración Económica del Trabajo Doméstico*. Artículo Publicado en el libro La Situación Jurídica de la Mujer en los Supuestos de Crisis Matrimonial. IV Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Departamento de la Mujer del Excelentísimo Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Cuarta Edición de 1996. Pág.296.

[18] **González de Chávez**. *Familia, Maternidad y Paternidad*. Alcalá de Henares, 1995. Página 31.

Capítulo 2

Fundamento de la compensación económica, la autosuficiencia del cónyuge más débil, el sacrificio del cónyuge más débil, naturaleza jurídica, concepto de la compensación económica.

Fundamento de la Compensación Económica

Las parejas que deciden contraer matrimonio, pasan a formar una comunidad de vida, por lo mismo contraen una serie de derechos y obligaciones, como por ejemplo el de fidelidad o el de cuidar a los hijos que se tengan en común. Entre estos deberes se encuentra el de socorro, consagrado en el artículo 131 del Código Civil, el cual expresa lo siguiente: *"Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos".* Este deber, tiene validez durante toda la vigencia del matrimonio, incluso en el momento en que los cónyuges se encuentran separados de cuerpos, en este último período, se manifiesta a través de un sistema protector que beneficia a aquel cónyuge, que luego de la separación, queda en una situación desventajosa y, se manifiesta por ejemplo, a través del derecho a solicitar alimentos o la declaración de bien familiar.

Esta serie de obligaciones que ambos contraen, deben ser realizadas en principio por ambos, sin embargo, nada obsta que producto de sus propias decisiones, dichas obligaciones se repartan entre los cónyuges, por ejemplo, el artículo 134 del Código Civil señala que *"el marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie. El juez, si fuere necesario, reglará la contribución",* en este caso, la ley pareciera decir que es obligación de ambos cónyuges el que provean a las necesidades de la familia, sin embargo, nada impide que ellos decidan que no sea así y sólo uno se encargue de solventar las necesidades de la familia El matrimonio mantendrá su forma y no adolecerá de ningún tipo de invalidez, claro que tal decisión puede producir consecuencias importantes en el futuro. Estas decisiones no tienen ninguna importancia para nuestro ordenamiento jurídico, pues cada pareja de personas puede libremente decidir como cumplir dichas obligaciones, es decir, se las pueden impartir como mejor lo consideren.

Con todo, las personas al momento de contraer matrimonio y formar la comunidad de vida que este significa, dejan en parte de desarrollarse en forma personal, en otras palabras una persona que no contrae matrimonio y decide continuar su vida en solitario, logrará obtener un desarrollo personal de acuerdo a sus capacidades u oportunidades, pero si esa misma persona decide contraer matrimonio, ese desarrollo personal que podría obtener sola, se verá de alguna manera mermado, porque junto a su pareja formara una comunidad de vida a la cual tendrá que aportar lo necesario para su continuidad, para Álvaro Vidal, "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”[19]. Esta circunstancia es relevante para la materia que estudiamos, ya que no se puede pretender que la institución de la compensación económica ignore el hecho que las parejas al momento de contraer matrimonio de alguna manera sacrifican parte de su desarrollo personal y que no es posible volverlas a sus reales expectativas, a aquella que tenían precisamente antes de contraer matrimonio.

Esta falta de desarrollo personal, que se sufre al momento de contraer matrimonio no tiene un acento tan grande como en otros períodos de nuestra historia, ya que las parejas jóvenes tienden a respetar en mayor grado que antes el desarrollo personal de su pareja. Si observamos el pasado, apreciaremos que era bastante común el hecho que la única labor de la mujer era ocuparse del hogar y de los hijos y, en muchos de esos matrimonios incluso existía una prohibición expresa para la mujer de trabajar o estudiar, con lo que muchas mujeres en esa época vieron cercenada toda posibilidad de desarrollo personal. Esto, no quiere decir que en nuestro tiempo dicha situación no se produzca, lo que si se puede decir es que se produce en menor medida, porque la visión respecto de la pareja ha ido evolucionando en un sentido de mayor consideración por su mejora personal.

Pese a todo lo dicho, siempre una de las personas que compone la comunidad de vida que significa el matrimonio desplegará un sacrificio mayor, es decir, se esforzará en mayor medida y cumplirá con más de las obligaciones que emanan del matrimonio. Como expresa Álvaro Vidal, “siempre uno de los cónyuges se sacrificará o postergará más que el otro”[20], en otras palabras, uno será quien dará más socorro, será más fiel o cuidará más a los hijos. Esta realidad tendrá como consecuencia que ese cónyuge que se sacrifica en mayor medida, tendrá un menor desarrollo personal que el que podría tener si ambos cónyuges se dedicarán por igual al cumplimiento de sus obligaciones y, es en este caso donde nuestra legislación puede solucionar esa desigualdad. Esta desigualdad se manifiesta porque el otro cónyuge se ve beneficiado por la liberación de parte de sus obligaciones y como se sacrifica menos en cuanto lo que la comunidad de vida significa, tendrá una mayor posibilidad de desarrollarse, sobretodo porque cuenta con mayor tiempo que el otro. Bajo este contexto, normalmente es la mujer quien realiza un sacrificio mayor, ya que es ella quien se encarga del cuidado de los hijos, de las labores del hogar común, de la administración de la economía del hogar y sufre a la vez un perjuicio en cuanto a su desempeño en el mercado laboral. Mientras que el marido, normalmente es quien se encarga del sustento del hogar y de las demás obligaciones muchas veces no toma parte. Como la balanza en la mayoría de los casos se encuentra inclinada, la mujer pocas veces tiene la posibilidad de desarrollarse de similar manera a la de su marido.

Esta falta de desarrollo que se presenta para uno de los cónyuges le significa un perjuicio, el cual se puede manifestar no sólo con la falta de acumulación de un patrimonio propio sino que también en un aspecto intangible, la falta de capacitación, de experiencia e inmersión en el

---

[19] **Álvaro Vidal Olivares**. *La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Segundo Semestre de 2006. Editorial Jurídica de Chile. Página 224.

[20] **Álvaro Vidal Olivares**. *La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Segundo Semestre de 2006. Editorial Jurídica de Chile. Página 225.

mercado laboral, mientras que para el otro cónyuge, aquel que se ve beneficiado durante el matrimonio, ya que cumple con menos obligaciones y logra obtener un desarrollo personal superior al que debería haber tenido, obtiene un beneficio, no sólo porque se liberó de ciertas obligaciones propias del matrimonio, sino que también en cuanto a la obtención de una mayor experiencia laboral, que le permite desenvolverse de mejor manera en el mercado del llamado trabajo formal.

Observando entonces la situación expuesta, se concluye que durante la vigencia del matrimonio lo normal es que uno de los cónyuges se sacrifique más que el otro, que uno de ellos despliegue mayor energía en el cumplimiento de las obligaciones y se vea perjudicado en cuanto a su desarrollo personal, no logrando obtener el grado de desarrollo que podría haber tenido si hubiese contado con una mayor colaboración de su cónyuge. Sin embargo, mientras los cónyuges permanezcan unidos por el vínculo matrimonial no existirá un desequilibrio de tipo económico, pues ellos han formado una comunidad de vida que va por sobre sus integrantes, incluso para los momentos en que se encuentren separados, ya que en ese caso operara el sistema de protección que tiene el matrimonio. Es decir, el legislador considera que mientras exista el matrimonio, los cónyuges con independencia de sus sacrificios se encuentran equilibrados económicamente.

Una vez terminado el matrimonio, ya sea por divorcio o declaración de nulidad, se pueden presentar dos situaciones. Los cónyuges mantiene el equilibrio, ya sea porque ambos trabajaron o ambos se dedicaron al cuidado de la familia y del hogar o, sólo uno de ellos realizó una actividad remunerada y el otro se encargo de la familia y del hogar, provocando en este último una falta de desarrollo y el enfrentamiento de una nueva situación: iniciar una vida en solitario, sin el socorro de su ex –cónyuge, quien ya no tiene ningún tipo de obligación con el. Ese desequilibrio, que al derecho no le importaba mientras estuviera vigente el matrimonio (porque en ese momento se estima que los cónyuges se encuentran equilibrados con independencia de sus sacrificios, ya que ambos colaboran a la comunidad de vida que significa el matrimonio), ahora si toma relevancia, ahora si le importa e intenta impedir que se perpetúe en el futuro.

Si nuestra legislación no manifestara esta preocupación entonces los ex –cónyuges iniciarían esta nueva vida en completo desequilibrio, el mayor desarrollo de uno implicaría mejor situación patrimonial, un trabajo estable y una situación previsional consolidada, mientras que el otro se vería en una desmejorada situación patrimonial, probablemente sin trabajo ni sistema previsional. Para evitar esta situación, aquel cónyuge que se benefició durante el matrimonio deberá compensar económicamente al otro, que por su parte sacrificó en mayor medida de lo que debía su desarrollo personal y que incidirá directamente en la nueva vida que deberá comenzar.

Así entonces, esta institución al momento de ser establecida por el legislador en la Ley de Matrimonio Civil, para los casos de nulidad o de divorcio y a la cual tiene derecho el cónyuge más débil de la relación marital tiene un fundamento claro y preciso: reestablecer el equilibrio económico que las partes tuvieron durante la vigencia del matrimonio. De hecho, la jurisprudencia señala lo siguiente: "Que, como es sabido, la compensación económica es, como su nombre lo indica, un mecanismo por el cual se busca proteger al cónyuge más débil en un proceso de nulidad, separación o divorcio, como reparación del desequilibrio económico que se puede

originar después de la ruptura matrimonial, al cesar el deber de socorro que tienen los cónyuges entre sí, y en particular, en lo que respecta a la obligación de proporcionar los alimentos"[21].

Este desequilibrio es dado fundamentalmente por el hecho que el cónyuge más débil durante la vigencia del matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común, lo que da como consecuencia que ese cónyuge se encontrara al momento de iniciar esta nueva vida en una situación desmejorada si la comparamos con la del otro, puesto que este último a logrado una solidez patrimonial derivado del beneficio de poder desarrollarse en mayor medida durante la vigencia del matrimonio.

Este punto de vista se ve muy apoyado con la legislación que se tuvo en cuenta al momento de regular esta institución en nuestro país. En España, el fundamento es similar, así esta "pasa a constituir una fuente de protección económica destinada a conseguir un equilibrio o igualdad patrimonial entre los miembros de la relación conyugal"[22], de hecho el mismo artículo 97 habla del desequilibrio económico que a uno de los cónyuges le causa la separación o el divorcio. Para los franceses la situación tampoco es distinta y tiene como objetivo principal solucionar la disparidad patrimonial que existe entre los ex –cónyuges después del matrimonio. Con lo que esta prestación tiene por objeto evitar o solucionar el desequilibrio económico que entre los cónyuges se podría presentar al momento de poner término a la comunidad de vida que significa el matrimonio.

Para prácticamente toda la doctrina, el objetivo señalado es el correcto, sin embargo, en este punto es donde se presentan caminos interesantes, pues es necesario determinar cual es el desequilibrio económico que se intenta compensar o solucionar. Para ello, presentaré dos ideas, aquella que dice relación con lograr la autosuficiencia del cónyuge más débil al momento en que se pone término al matrimonio y aquella que dice relación con equilibrar los patrimonios en razón del sacrificio que el más débil realizó durante el matrimonio.

La Autosuficiencia del Cónyuge Más Débil

Durante el matrimonio uno de los cónyuges no trabajó o no lo hizo en la medida de lo que quería y podía, debido a que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común, con lo que su situación se ve perjudicada al momento en que se pone término al matrimonio, para Álvaro Vidal, "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"[23].

---

[21] (Curioso resulta que la sentencia haga aplicable la compensación económica también a los casos de separación judicial). **Ilustre Corte de Apelaciones de Antofagasta.** Rol Número: 1.016-2006. Fecha: 06 de diciembre de 2006. Redactada por el abogado integrante señor Alfonso Leppes Navarrete. Publicada en el sitio http://iurischile.com Visitado el 20 de febrero de 2007.

[22] **Herminia Campuzano Tomé**. *La Pensión por Desequilibrio Económico en los Casos de Separación y Divorcio*. Editorial Bosch. Año 1986. España. Página 23

[23] **Álvaro Vidal Olivares**. *La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Segundo Semestre de 2007. Editorial Jurídica de Chile. Página 229.

Si se piensa en que ambos cónyuges realizaron una actividad lucrativa en la medida de lo que podían y querían y, que ambos compartieron el cuidado de los hijos y las labores del hogar común, al momento de ponerse término al matrimonio, independientemente de lo que hubiere ganado cada uno de ellos, ambos se encontraran en una situación de equilibrio, dada esencialmente por el hecho de poderse sustentar por sí mismos. En otras palabras, cada uno de los cónyuges podrá seguir una vida en solitario sin la necesidad de requerir de la ayuda económica del otro, salvo en el caso que alguno de ellos quede a cargo de los hijos, para lo cual si se cumple con los requisitos legales podrá solicitar el correspondiente derecho de alimentos, lo que constituye una obligación legal y moral en beneficio de los hijos comunes. En este caso, el equilibrio se produce, porque como se expreso, ambos logran ser autosuficientes y, no dice relación con la mantención del estatus matrimonial de ambos, ya que al destruir la comunidad de vida es imposible recuperarlo.

Al modificar esta situación y aplicarse el supuesto del artículo 61, se presenta uno de los cónyuges sin realizar una actividad lucrativa durante el matrimonio o a lo menos no en la medida de lo que podía y quería, por las razones ya dichas. Durante la vigencia del matrimonio el estatus económico de la comunidad de vida, estará dado por los ingresos que uno de ellos proporcione. Sin embargo, al momento de ponerse término al matrimonio, aquel que no realizó una actividad lucrativa no podrá sustentarse por si mismo en el futuro, ya que no tiene una acumulación de patrimonio y no cuenta con experiencia laboral suficiente como para ingresar de buena manera al mercado laboral. Por lo tanto, la desigualdad de los cónyuges estará dada porque uno de ellos puede lograr el sustento por si mismo, mientras que el otro no puede hacerlo, por lo que para él nace el derecho a solicitar una cantidad de dinero, para equilibrar esa situación y poder sustentarse de manera independiente en esta nueva etapa de su vida. El artículo 61, da una visión acerca de los que ocurrió en el pasado y revivirán las situaciones que se produjeron durante el matrimonio y, las circunstancias del artículo 62, nos mostraran por una parte el presente de los cónyuges y el futuro previsible de no mediar el pago de una compensación. Con estos antecedentes, se podrá fijar una cantidad de dinero para el equilibrio de los cónyuges, dado por la autosuficiencia, lo que no debe confundirse con un deber de socorro post –matrimonial, sino con una ayuda que el cónyuge en mejor situación hace al más débil por el sacrificio que realizó en pos de la familia y que le permitirá iniciar de mejor manera esta nueva vida, porque se debe tener presente que la obligación de los ex –cónyuges será intentar el sustento por sí mismos y no pretender que aquel que fue su cónyuge lo mantenga por el resto de su vida.

El Sacrificio del Cónyuge Más Débil

Otra forma de apreciar esta institución es a través del sacrificio que el cónyuge más débil realizó en pos de la familia, sin obtener un beneficio económico personal y desechar la anterior posición relativa a la autosuficiencia de alguno de los cónyuges.

Para comenzar, presentare una serie de razones porque la anterior tesis carece de una aplicación práctica, ya que no logra el objetivo planteado:

- El objetivo principal que esgrime la tesis expuesta, dice relación con la autosuficiencia del cónyuge solicitante. Es decir, que el monto que el demandado pague por concepto de compensación económica tendrá precisamente ese objetivo o misión: permitir que el solicitante logre dicha autosuficiencia. Sin embargo, existen situaciones en que esa finalidad no será posible: por ejemplo, un matrimonio que duró 30 años, en el que la mujer demanda de divorcio y solicita una compensación económica ya que cumple con todos los requisitos que exige la ley. El juez condena al marido al pago de una suma de dinero que asciende a un millón de pesos y en cuotas de treinta mil pesos mensuales. Este ejemplo, que no tiene nada de forzado, permite apreciar que la posición expuesta con anterioridad no es aplicable para todos los casos, ya que difícilmente esta mujer del ejemplo, podrá ocupar esa cantidad de dinero para lograr la autosuficiencia económica. Si el juez fija esa cantidad de dinero para el pago de una compensación, es porque el sentido que le da al menoscabo económico es distinto y considera que es subsanable con esa cantidad.

- El razonamiento lógico que el ejemplo anterior tiene es el siguiente: si el menoscabo económico fuese la falta de autosuficiencia, el juez tendría que tener en cuenta que la cantidad de dinero fuese lo bastante como para lograr el objetivo de la institución. Sin embargo, existen muchos casos en que las cantidades de dinero que se fijan para el pago de la compensación no son suficientes como para que la autosuficiencia se materialice.

- En cambio si se piensa que el menoscabo económico es aquel perjuicio que sufre el solicitante por el sacrifico desplegado durante el matrimonio, el juez deberá efectuar la valoración teniendo presente un objetivo distinto. Este objetivo está dado por restituir el equilibrio patrimonial, el cual se manifiesta de la siguiente manera: uno de los cónyuges se beneficio del sacrificio del otro y, el otro se perjudico con la falta de colaboración del beneficiado. El beneficiado con el sacrificio obtiene un favor económico, mientras que el otro un perjuicio económico. Ese equilibrio necesario se logra mediante el pago de una suma de dinero que el beneficiado hace al perjudicado. Desde este punto de vista la relación posterior al término del matrimonio, que esta dado por la obligación de cumplir con el pago del dinero a que se condenó, se justifica en la igualación patrimonial por un hecho del pasado y que beneficio injustamente al condenado al pago.

- Otra situación que se puede presentar (que es bastante común por lo demás) es la siguiente: la mujer para lograr el divorcio condonó todas las deudas alimenticias del marido a favor de sus hijos y ella aún los tiene a su cargo porque son menores de edad. El dinero de la compensación prácticamente tendrá por objeto reemplazar el dinero del derecho de alimentos, con lo que el objetivo de la autosuficiencia en menor posibilidad se podrá cumplir.

- Con lo anterior nace otro aspecto interesante de analizar respecto al cumplimiento que en la práctica se da al objetivo de esta institución. Por ejemplo, si hablamos de alimentos, el beneficiario de ellos debe ocuparlo en lo necesario para su correcta subsistencia, ya que en caso contrario el alimentante puede solicitar el cese de los mismos debido a que no se ocupan en lo que se debe. Para el caso de la compensación económica, que sentido tiene darle un objetivo que mira

hacia el futuro, si el cumplimento de el depende exclusivamente del beneficiario, sin poder volver a revisar la medida. Por ejemplo, si el objetivo de la compensación es lograr la autosuficiencia del cónyuge solicitante, entonces el dinero por el que se condenó al demandado tendrá que utilizarse en ese objetivo preciso, sin embargo, si el beneficiario le da otra utilidad (por ejemplo, lo ocupa para tomar vacaciones), el demandado de compensación no podrá hacer algo para evitarlo, ya que nuestra legislación no acepta revisión. Incluso se puede presentar el siguiente caso, una mujer beneficiada que luego se casa con una persona con buena situación económica, forma una nueva comunidad de vida, de la cual es parte y que le reporta un beneficio al estar bajo el estatuto protector del matrimonio, el cual en este caso tiene una solvencia económica mayor. Esto no deja de ser importante, ya que según la teoría de la autosuficiencia, todo el juicio versará sobre las necesidades que a futuro podría presentar el cónyuge beneficiario, el futuro previsible que tendría al considerar todas las circunstancias que enumera la ley.

- En cambio, si el dinero que se paga a título de compensación tiene por objeto indemnizar una situación pasada y que produjo perjuicio, no importa en que sea utilizado. Esto guarda concordancia con la decisión legislativa de no permitir la revisión de la medida, con lo que se diferencia del caso de los alimentos, donde los requisitos necesarios se deben mantener durante todo el periodo en que se deban cumplir.

Por todo lo dicho, la mirada a la compensación económica bien puede ser en base a una naturaleza indemnizatoria. El intento de la compensación económica sería precisamente el de equilibrar la situación de los cónyuges, pero no en la forma expuesta anteriormente, sino que un equilibrio patrimonial, fundado en el sacrificio que uno de los cónyuges realizó en pos de la familia y que benefició al otro, permitiéndole desarrollarse sin la preocupación propia del hogar y de los hijos. El sacrificio de uno de los cónyuges se encuentra graficado en el supuesto que señala el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, el cual puede o no provocar un menoscabo económico. En caso de ser positivo ese perjuicio económico, entonces el cónyuge beneficiado con el sacrificio del otro deberá indemnizar mediante el pago de una suma de dinero u otros bienes. Esta indemnización se hará mirando la situación que ocurrió en el pasado, durante la vigencia del matrimonio y más específicamente durante el tiempo en que el sacrificio efectivamente se desplegó, porque es necesario tener siempre presente al estudiar esta institución que el matrimonio por si mismo no provoca el perjuicio sino que es una especial situación, contemplada en el artículo 61 y que tiene lugar durante la vigencia del mismo. Por ello, pensar que la compensación económica mira al futuro previsible de los cónyuges aunque no se quiera admitir dice relación con una obligación post –matrimonial de aquel cónyuge que ya no lo es más.

Naturaleza Jurídica

El estudio de la naturaleza jurídica de la compensación económica resulta el tema más complejo de toda esta institución, debido a que no existe acuerdo por parte de la doctrina en

cuanto a si es homologable a alguna institución ya existente o al contrario, se trata de alguna inédita y sin precedentes.

La importancia esencial de determinar la naturaleza jurídica de esta figura no pasa sólo por el ámbito académico, ya que al tener claridad en cuanto a su determinación se podrá tener certeza acerca de la legislación supletoria que debe aplicarse en caso de vacíos, los cuales sin duda se presentaran en razón de lo dificultoso de esta nueva institución.

Sin embargo, es necesario tener presente que la naturaleza jurídica de la compensación económica se relaciona íntimamente con el fundamento que se tenga de la misma. Para la mayoría de los autores ese fundamento se encuentra dado por el desequilibrio económico que enfrentan los cónyuges al momento del matrimonio, tal como fue mencionado anteriormente, no obstante ello, existen ciertos matices en la apreciación del tema, por lo que al analizar las distintas teorías que se tienen de la naturaleza jurídica de esta institución pueden algunas no coincidir en forma exacta con lo expuesto al tratar el fundamento de la misma.

En este punto, el objetivo de este trabajo será presentar algunas de las distintas tesis que se tienen acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica y que servirán para apreciar el amplio abanico de posibilidades que se presenta.

1. Obligación Legal.

Esta es la posición que comparte Álvaro Vidal, en su artículo titulado "La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil". El autor comienza diciendo "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"[24].

Para que una obligación sea legal, se hace necesario que la obligación nazca por la sola disposición del legislador. Así, "las obligaciones legales propiamente tales son, pues, aquellas en que la ley es la fuente directa e inmediata de las obligaciones, y no existe un hecho del deudor en que la obligación tenga su fundamento"[25]. Este tipo de obligaciones, tienen la característica principal de ser extraordinarias y precisamente donde algunos de sus casos se dan es en el derecho de familia. Un ejemplo, que normalmente la doctrina propone, es el derecho de alimentos.

Para que una obligación sea legal, debe cumplir con una serie de requisitos:

- En primer lugar la ley debe señalar cuando nace dicha obligación, en este caso la compensación económica nace una vez se produzca el divorcio o se declare la nulidad (siempre que se cumpla con los requisitos que la misma ley exige).

- Luego debe indicarse que persona es el deudor. El artículo 61, señala que el deudor es el cónyuge que durante la vigencia del matrimonio se dedicó a trabajar sin participar en el cuidado de los hijos ni de las labores del hogar común.

---

[24] **Álvaro Vidal Olivares**. *La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Segundo Semestre de 2007. Editorial Jurídica de Chile. Página 247.

[25] **René Abeliuk Manasevich**. *Las Obligaciones*. Tomo I. Cuarta Edición Actualizada y Aumentada. Editorial Jurídica de Chile. Año 2001. Santiago de Chile. Página 50.

- Además, debe señalar cual es la persona del acreedor. El mismo artículo señalado anteriormente, establece que el acreedor es aquel cónyuge que durante la vigencia del matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos y a realizar las labores del hogar común y, por esa razón y no otra, no pudo trabajar o no lo hizo en la medida de lo que podía y quería, sufriendo el consiguiente menoscabo económico.

- Por último, para que esta obligación sea legal, es necesario que la misma ley señale cual es la forma en que dicha obligación debe satisfacerse. Los artículos relativos a la compensación económica señalan que la forma en que esta obligación debe satisfacerse, es mediante un pago, el cual contempla una serie de modalidades: el pago de una suma de dinero, acciones u otros bienes o la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor.

Como se aprecia, en un primer ejercicio es posible pensar que la compensación económica es una obligación legal, ya que su regulación coincide en principio con los requisitos de las obligaciones de esta naturaleza.

Álvaro Vidal continúa, señalando categóricamente que la compensación económica no tiene luces de responsabilidad civil, sino que la ley sencillamente protege a uno de los cónyuges frente al menoscabo económico que sufre producto del divorcio o de la declaración de nulidad. La ley en este caso efectúa una labor protectora para el cónyuge más débil y, considera más débil a aquel que cumple con el supuesto del artículo 61. Esta debilidad de uno de los cónyuges viene dada por la pérdida del sistema protector del matrimonio, ya que una vez que se pone término a este, ya sea por divorcio o nulidad, ambos ex –cónyuges deben sustentarse por si mismos y sin la ayuda del otro. Esa falta de autosuficiencia es el menoscabo que la ley intenta solucionar a través de esta institución, bajo la comparación que de ambos cónyuges se debe hacer, la compensación económica tiene por objeto solucionar ese desequilibrio que existe. El menoscabo económico que el cónyuge más débil sufre una vez terminado el matrimonio, según voz del mismo autor, puede ser solucionado de diversas maneras, como por ejemplo, entregándole esa misión al Estado y no a los particulares o extendiendo el deber de socorro en beneficio del cónyuge que lo necesita, sin embargo, nuestro legislador opta por entregarle dicha obligación al cónyuge más fuerte de la relación, a quien le impone a través de la ley la obligación de pagar una compensación económica, siempre que se cumplan los requisitos que la misma ley establece.

El autor señala que "el titulo 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 sólo efecto de mirar hacia el futuro"[26]. La ley bajo este punto de vista, no intenta volver a revivir el estatus económico que se tenía durante la vigencia del matrimonio, sino que darle al cónyuge solicitante las herramientas necesarias como para iniciar una vida en solitario, tal y como la puede lograr el otro cónyuge, en razón a que durante el matrimonio se

[26] **Álvaro Vidal Olivares**. *La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Segundo Semestre de 2007. Editorial Jurídica de Chile. Página 247.

dedicó a realizar una actividad remunerada sin ocuparse de cuidar a los hijos ni realizar las labores del hogar común. Quien cumpla con los requisitos que establece la ley, tiene en sus manos el título legal para demandar una compensación, la cual una vez declarada por el juez materializa en el deudor una obligación impuesta por la ley, que tiene por objeto corregir el menoscabo que sufre el más débil.

Sin embargo, esta posición no está exenta de crítica:

- El primer reparo que se aprecia es el relativo al nacimiento de la obligación de pagar una compensación económica, pues señalar, que nace una vez producido el divorcio o declarada la nulidad no es exacto, pues el artículo 61, lo que hace es señalar que una vez terminado el matrimonio (sea por divorcio o nulidad) nace el derecho de uno de los cónyuges a solicitarla si es que así lo desea y no precisa que por el sólo hecho de cumplir los requisitos y ponerse término al matrimonio la compensación económica proceda sin más. En este punto, interesante resulta basarse en la opinión de Herminia Campusano[27], la cual expone dos teorías nacidas en la jurisprudencia italiana y que vienen a explicar de donde emana la obligación de pagar una compensación económica:

El Principio de la Solidaridad Postconyugal: Esta tesis considera que el ordenamiento jurídico al momento de regular la compensación económica reconoce que una vez producido el divorcio o la nulidad entre los ex –cónyuges existe una relación de asistencia material, es decir, según esta teoría las obligaciones de los cónyuges derivadas de la relación matrimonial se mantendrían en el aspecto material de dicha obligación, aún cuando se hayan divorciado o anulado. Esta relación asistencial se plasmaría en que el cónyuge más fuerte de la relación, aquel que tiene una situación patrimonial estable, puesto que cuenta con trabajo y un sueldo suficiente como para vivir de una manera acorde a su posición social, se vería obligado a entregar una cantidad de dinero al otro cónyuge, el cual se encuentra en una situación patrimonial disminuida, pues no tiene trabajo o le es dificultoso conseguir uno. Esta situación logra que los ex –cónyuges no destruyan su vínculo por completo, puesto que pese a que obtuvieron un divorcio o una nulidad deben mantener un nexo de tipo económico. Esta obligación, para esta teoría, tendría su fundamento en la obligación asistencial que el cónyuge fuerte tendría para con el más débil, obligación que tendría como única diferencia con la que existe durante la vigencia del matrimonio su carácter atenuado. Esta teoría se presenta como un reconocimiento al hecho que una vez producido el divorcio o la nulidad los ex –cónyuges aun se mantienen relacionados a través de una obligación de tipo económico que uno de los ex -cónyuges debe mantener en relación al otro, situación que se explicaría por la supervivencia que tendría la obligación matrimonial de otorgarse mutuamente una asistencia material.

Obligación derivada de la sentencia de divorcio o nulidad: Para esta posición, la situación es más simple y, la obligación de pagar una compensación económica no tiene su fuente en la relación matrimonial sino que en la sentencia misma de divorcio o de nulidad, es en ese momento en donde el ex -cónyuge más fuerte queda obligado a pagar una cantidad de dinero al otro, siempre

[27] **Herminia Campuzano Tomé**. *La Pensión por Desequilibrio Económico en los Casos de Separación y Divorcio*. Editorial Bosch. Año 1986. España.

que cumpla con los requisitos que establece el artículo 61 y 62 de la ley de matrimonio civil. Para esta teoría el matrimonio es el momento en el cual se producen las situaciones previstas por la ley para que uno de los cónyuges se encuentre en posición de solicitar una compensación económica, siempre que además dichas situaciones provoquen en el cónyuge más débil un menoscabo económico, el cual se traduce en el desequilibrio económico que presentan los ex –cónyuges una vez terminado el matrimonio por divorcio o nulidad. Así, si se cumplen con los requisitos que establece la ley y que se originaron en el matrimonio nace el derecho a solicitar compensación económica, es decir, el matrimonio vendría a ser la causa del derecho a solicitar la compensación y, si el juez la otorga en la sentencia entonces nace la obligación de pagar dicha compensación.

- Otra critica, que nace frente a esta posición es la relativa a la condición que para que una obligación sea legal, se hace necesario que el deudor no realice ningún hecho que sirva de fundamento a esta obligación. Por ejemplo, en el caso del derecho de alimentos en que un padre se encuentra obligado a pagar una cantidad de dinero respecto de su hijo, esta obligación nace en la ley y sólo requiere de una declaración judicial para que esta sea efectiva, aquí no media ningún hecho del deudor respecto del acreedor. El deudor debe dinero, sólo porque su hijo no se encuentra bajo su cuidado. Sin embargo, no se puede decir lo mismo respecto de la compensación económica, porque en este caso el deudor si realiza un hecho, sólo que este hecho es de carácter negativo: no colaborar en el cuidado de los hijos y en las realizaciones de las labores del hogar común. Si se piensa en un marido, que trabaja en forma periódica y además se encarga de colaborar en las tareas del hogar, como por ejemplo cocinar o ayudar en el cuidado de los hijos asistiendo a sus reuniones de apoderados, la compensación económica no procedería porque no se estaría cumpliendo el requisito de la inactividad en esas materias del cónyuge deudor. Incluso ese hecho, de sólo trabajar y no colaborar en las actividades familiares, lo realiza interactuando directamente con quien en el futuro será su acreedor.

- Por último, una crítica genérica, esbozada por Arturo Alessandri, "se ha criticado la mención de la ley como fuente inmediata de las obligaciones: afirmase que desnaturaliza la índole misma de la clasificación tradicional, ya que los demás miembros de ésta se refieren a hechos y actos jurídicos. Tal vez por esto el Código Civil italiano de 1942 no alude a la ley como fuente inmediata de obligaciones; dice: "Las obligaciones derivan de contrato, de hecho ilícito, o de todo otro acto idóneo para producirla de conformidad con el ordenamiento jurídico" (artículo 1173)"[28].

2. Enriquecimiento sin Causa.

En nuestro ordenamiento jurídico, la teoría del enriquecimiento sin causa no se encuentra consagrada expresamente en nuestra legislación, a diferencia de otras, como la suiza o la italiana. Sin embargo, parte importante de la doctrina considera que esta teoría igualmente se encuentra presente a través de diversas soluciones que la legislación nacional ha ido presentado, como por

[28] **Arturo Alessandri R.**, **Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H.** *Tratado de las Obligaciones*. Volumen I. De las Obligaciones en General y sus Diversas Clases. Segunda Edición Ampliada y Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Año 2001. Santiago de Chile. Página 58.

ejemplo, la accesión, las prestaciones mutuas o la teoría de las recompensas en la sociedad conyugal.

La base de esta teoría se encuentra en el principio que revela que nadie debe enriquecerse a expensas de otro, sin una causa justificada. Lo normal dentro de las relaciones jurídicas es que esa causa exista, es decir, la regla general está constituida en base a que el enriquecimiento que obtiene una persona se encuentra justificado por un antecedente jurídico, por ejemplo, la compraventa.

Cada vez que una persona se enriquece en forma injustificada, causando el empobrecimiento de otro, entonces procede aplicar esta teoría, a través de la llamada acción "de in rem verso". Esta acción "es la que corresponde a quien ha experimentado un empobrecimiento injustificado para obtener una indemnización de aquel que se ha enriquecido a su costa sin causa"[29], sin embargo, esta acción tiene una importante característica: es subsidiaria. Esto último quiere decir, que si nuestra legislación establece una solución específica para evitar el enriquecimiento sin causa, la acción de in rem verso no sería procedente, incluso para el caso en que a la solución dada por el legislador le faltara algún requisito. Así por ejemplo, el poseedor de mala fe, no puede intentar esta acción contra el reivindicante para que le pague las mejoras necesarias, en razón que la solución se encuentra en los artículos 908 y siguientes del Código Civil.

Por lo tanto, para considerar que la naturaleza jurídica de la compensación económica se basa en el enriquecimiento sin causa, se debe demostrar que el legislador la consagra como una solución específica para evitar ese enriquecimiento injustificado.

Para hablar de un enriquecimiento sin causa, es necesario cumplir con una serie se requisitos, los cuales trataré de manera individual. Estos requisitos son los siguientes:

- Una persona debe sufrir un empobrecimiento. En el caso de la compensación económica, quien debe sufrir este empobrecimiento es el cónyuge más débil, es decir, el solicitante de la compensación, quien se ha dedicado el cuidado de los hijos y a las labores del hogar común.

Waldo Figueroa, al tratar el tema del empobrecimiento del actor en la acción de enriquecimiento sin causa señala que "el demandante debe haber sufrido un perjuicio, un menoscabo económico, para tener realmente interés jurídico en ella"[30].

Este empobrecimiento se puede manifestar de dos formas: a través de una disminución efectiva del patrimonio de una persona (que para la compensación económica no es el caso) o a través de la pérdida de un beneficio, ventaja o lucro cierto. Esta última es la que trataré.

El empobrecimiento que el solicitante de compensación económica sufre durante el matrimonio, se manifiesta en dos aspectos:

En primer lugar, el solicitante por el hecho de cuidar a los hijos y de realizar las labores del hogar común no pudo trabajar (entiéndase trabajo "formal") o no lo hizo en la medida de lo que podía y quería. Es decir, el cónyuge solicitante no pudo ingresar al mercado laboral, con todos los beneficios que ello significa (por ejemplo, previsión social) debido a que tuvo que sacrificarse en

---

[29] **René Abeliuk Manasevich**. *Las Obligaciones*. Tomo I. Cuarta Edición Actualizada y Aumentada. Editorial Jurídica de Chile. Año 2001. Santiago de Chile. Página 180.

[30] **Waldo Enrique Figueroa Vásquez**. *La Acción de Enriquecimiento Sin Causa*. Fundación Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. Año 1997.

pos de la familia, sin que su cónyuge colaborara en dicha actividad, de manera eficiente y menoscabando también en parte su desarrollo personal. Precisamente, uno de los aspectos que hace surgir el derecho a solicitar una compensación económica es que el cónyuge más fuerte sólo se dedicó a trabajar durante la vigencia del matrimonio, sin intervenir en la actividad familiar.

Como se observa, es el mismo artículo 61 el que establece que el cónyuge que se sacrificó por la familia dejó de obtener un beneficio al no poder trabajar o no hacerlo en la medida de lo que podía y quería. A este respecto, Waldo Figueroa Vásquez, señala que "el empobrecimiento por pérdida de un lucro cierto no proviene en verdad de una disminución del patrimonio, sino más bien de un no aumento de éste, circunstancia que a la vez es susceptible de ser avaluada en dinero. Starck señala como ejemplos de la jurisprudencia francesa el caso de una mujer separada de bienes que ayuda a su marido durante varios años en su comercio sin recibir remuneración alguna, también el caso de una concubina que auxilia durante 17 años a su pareja sin recibir nada a cambio"[31]. Estos ejemplos propuestos no sólo se asemejan al supuesto típico del artículo 61, sino que también a la última de las circunstancias del artículo 62.

En el mismo sentido, Diez-Picazo, señala que "el empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable, puede consistir en la salida de un valor del patrimonio del demandante, por ejemplo, cosas suministradas o entregadas cuyo precio no se ha recibido, puede consistir en la prestación de un servicio o en la realización de un trabajo no retribuido, también en la no obtención de un lucro cierto y positivo"[32].

En segundo lugar, otro aspecto para considerar en el tema del empobrecimiento dice relación con algo intangible, pero no menos relevante. El hecho que uno de los cónyuges no pueda trabajar o lo haga en menor medida de lo que podía y quería, por sacrificarse en pos de la familia, le significa inevitablemente una pérdida de experiencia laboral y de posibles capacitaciones, ya sea porque se encuentra completamente ajeno al mercado laboral o porque tiene una participación parcial.

Esta situación se aprecia con total claridad al compararla con el cónyuge que no colabora con las actividades familiares. El hecho que se pueda mantener inmerso en el mercado laboral de manera completa y constante le permite convertirse en un agente valioso en la actividad que realiza.

Este perjuicio que sufre el cónyuge más débil tendrá su manifestación total en el momento en que necesite ingresar al mercado laboral, ya sea, al tiempo de la separación o al término del matrimonio. Combinada esta realidad con una edad avanzada o con un estado de salud deteriorado transforman cualquier intento de trabajar en una tarea casi imposible.

Se concluye entonces, que el empobrecimiento de una persona puede tener distintas aristas y no sólo se configura con una disminución efectiva del patrimonio.

- Una persona debe obtener un enriquecimiento. Frente a este requisito, existe una serie de estudios, los cuales considero no son relevantes de exponer en esta memoria en particular. El enriquecimiento de una persona se puede manifestar en tres aspectos:

---

[31] **Waldo Enrique Figueroa Vásquez**. *La Acción de Enriquecimiento Sin Causa*. Fundación Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. Año 1997.

[32] **Luís Diez-Picazo Y Ponce de León.** *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Segunda Edición. Editorial Tecno. Madrid. Año 1983.

En primer lugar, a través de un aumento de patrimonio. En el caso de la compensación económica, quien obtiene un enriquecimiento es el cónyuge que se dedicó a trabajar sin colaborar en las actividades familiares. El aumento del patrimonio del cónyuge que trabaja, en virtud de lo que obtiene por dicho trabajo, sólo es posible para el caso en que el matrimonio se encuentre bajo el régimen de separación total de bienes. Porque en el caso de la sociedad conyugal, este ingresa al haber común y en cuanto al régimen de participación en los gananciales, es un sistema que es bastante poco probable que se acuerde en el caso que ambos cónyuges no trabajen en igualdad de condiciones.

En segundo lugar, otra forma de observar el enriquecimiento es a través de la no disminución del patrimonio. Este el caso en que el enriquecido se ve beneficiado con el ahorro de un gasto que en circunstancias distintas se vería obligado a realizar. Un ejemplo reiterado para esta situación es el de la concubina que presta servicios laborales sin remuneración.

Si el cónyuge desea mantener su actividad remunerada, sin contar con la colaboración de su pareja, inevitablemente se vería forzado a realizar las actividades familiares él mismo o pagar a un tercero para que las realice con lo que su patrimonio disminuiría.

Observando de esta manera la situación, el cónyuge demandado obtiene un enriquecimiento al librarse no sólo de la realización de dicha obligaciones, sino que también se beneficia del sacrificio que el otro cónyuge despliega a favor de la familia, quien no obtiene ningún tipo de beneficio pecuniario por un trabajo de 24 horas diarias y sin derecho a vacaciones.

Por último, existe una tercera forma de visualizar el enriquecimiento y a la cual de cierta manera ya se hizo mención al hablar del empobrecimiento.

La compensación económica es un efecto del matrimonio, que tiene lugar al momento en que se pone término al matrimonio y a la cual tiene derecho aquel cónyuge que por sacrificarse en pos de la familia no pudo realizar una actividad remunerada o no lo hizo en la medida de lo que podía y quería. En la otra vereda, está el cónyuge que no colaboró en ese sacrificio y que realizó su actividad remunerada con entera dedicación. El liberarse de dicha obligación le significa al cónyuge que desempeña un trabajo formal un beneficio que se manifiesta en el momento preciso en el cual deba continuar su vida en solitario. La experiencia laboral, la seguridad de un ingreso periódico, contar con un sistema previsional y de salud, también pueden ser estimados como un enriquecimiento, ya que si el otro cónyuge no se hubiese sacrificado, la solidez laboral y patrimonial del demandado no sería tal. Si ese cónyuge que trabaja, además tuviera que ocuparse de las reuniones de apoderados o de llegar a cocinar para el otro día, tendría una vida laboral con solicitudes de permiso, ausencias y de menor desempeño que el que tiene por contar con la colaboración de su pareja.

En conclusión, el enriquecimiento puede verse como un aumento patrimonial o como una liberación de una carga, ambos bajo ciertas condiciones podrían considerarse en el tema de la compensación económica. Sin embargo, la tercera forma de observar este enriquecimiento es la de mejor manera manifiesta el beneficio que uno de los cónyuges puede obtener en virtud del sacrificio del otro.

- Debe existir una relación de causalidad entre los elementos anteriores. Este es uno de los elementos en los cuales la doctrina no ha llegado a acuerdo. Para Waldo Figueroa, dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa, "no se hace ninguna referencia a la necesaria relación que debe existir entre el empobrecimiento y el enriquecimiento en sus orígenes"[33].

Para Rene Abeliuk en cambio, si es un requisito necesario, claro que puntualiza que "no es necesario el desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro, lo único que se exige es que el enriquecimiento se haya generado a costa del empobrecimiento de la contraparte"[34].

El supuesto que da lugar a la compensación económica, considera que el beneficio o enriquecimiento que el cónyuge demandado logró durante el matrimonio, se debe al sacrificio que durante ese mismo lapso realizó el cónyuge más débil. Dicho sacrificio, por su parte, es el causante el empobrecimiento que el cónyuge más débil sufre debido a no poder trabajar o hacerlo en menor medida de lo que podía y quería.

- Carencia de causa. La causa a la cual se hace referencia es el antecedente jurídico necesario para justificar el enriquecimiento y el empobrecimiento que se trate.

Para Rene Abeliuk, la causa está presente "si existe entre las partes una relación patrimonial, ya sea derivada de un contrato, de un hecho ilícito, o de la mera ley"[35]. En el caso de la compensación económica, la ausencia de causa se manifiesta por el hecho que el cónyuge demandado obtuvo un enriquecimiento exclusivamente a costa del sacrificio del cónyuge más débil. Como se observa, hay una completa ausencia de algún antecedente jurídico que la justifique.

Ya analizados los requisitos del enriquecimiento sin causa, se hace necesario referirse a sus efectos. Para esta teoría, una vez que se comprueba la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente, se hace necesario equilibrar de alguna manera la situación del enriquecido con el empobrecido.

La mayoría de la doctrina se encuentra de acuerdo con que dicho equilibrio se logra a través de una indemnización, que el enriquecido debe hacer al empobrecido (salvo el caso en que el enriquecimiento se produzca por una cosa, pues procede entonces la restitución de lo que se trate, como por ejemplo sucede en las prestaciones mutuas).

En este punto, resulta interesante hacer referencia a la opinión de Luís Diez-Picazo, respecto a la naturaleza de las indemnizaciones. Para este autor, las indemnizaciones merecen ser distinguidas, ya que no todas comparten una igual naturaleza, así "el hecho de que la responsabilidad civil extracontractual cumpla la función de indemnizar un daño, obliga a separar de nuestro campo las compensaciones que la leyes atribuyen, en muchos casos, a determinados sujetos, como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares. En las leyes y en la práctica se las denomina a veces "indemnización" y no existe inconveniente en admitir un uso amplio y

---

[33] **Waldo Enrique Figueroa Vásquez**. *La Acción de Enriquecimiento Sin Causa*. Fundación Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. Año 1997. Página 97.
[34] **René Abeliuk Manasevich**. *Las Obligaciones*. Tomo I. Cuarta Edición Actualizada y Aumentada. Editorial Jurídica de Chile. Año 2001. Santiago de Chile.
[35] **René Abeliuk Manasevich**. *Las Obligaciones*. Tomo I. Cuarta Edición Actualizada y Aumentada. Editorial Jurídica de Chile. Año 2001. Santiago de Chile.

equívoco de la palabra, siempre que se tenga bien claro que las "indemnizaciones por sacrificio" son netamente distintas de las genuinas "indemnizaciones de daños"[36].

Así, la voz indemnización podría ser ocupada en diversos sentidos, teniendo siempre presente la distinción que entre ellas se debe hacer. Para nuestra legislación la indemnización de perjuicios, derivada de la responsabilidad contractual y la de daño moral, derivada de la responsabilidad extracontractual son las reconocibles, lo que no impide que nuestro ordenamiento jurídico no la haya recogido en algún sentido diverso.

La indemnización por sacrificio, la apreciamos en dos dimensiones, en primer lugar como una compensación a aquel sujeto que perdió o vio limitado algún derecho subjetivo del cual es titular y en segundo término se observa como una recompensa parcial del sacrifico que se exige al titular del derecho subjetivo. Como ejemplo del primer caso, el autor español nos ofrece el siguiente, el artículo 361, del Código Civil español, que pertenece al modo de adquirir accesión y dice lo siguiente: "*el dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró la renta correspondiente".* Regulación bastante similar a la nuestra y que se contempla en el artículo 669 del Código Civil[37]. Este ejemplo, para la doctrina es una de las más claras manifestaciones del enriquecimiento sin causa, la cual el legislador intenta impedir, precisamente con esa normativa.

En tanto en la segunda dimensión de la indemnización por sacrificio es donde se ubica el derecho a la compensación económica en favor del cónyuge más débil. Sacrificio manifestado en el hecho de haber cuidado a los hijos o de haber realizado las labores del hogar común, sin poder haber realizado actividad remunerada alguna o no haberlo hecho en la medida de lo que podía y quería, con el consiguiente menoscabo económico. Por lo tanto, si de la primera dimensión de la indemnización por sacrificio, se intenta impedir un enriquecimiento sin causa, bien puede concluirse que en la segunda dimensión también se intenta, pero fundado en el sacrifico que una persona efectúa a favor de otra.

Otro argumento para considerar que la naturaleza jurídica de la compensación económica es el enriquecimiento sin causa, es el reconocimiento que de ello hacen nuestros Tribunales de Justicia, a saber: "Que, contribuye a la decisión denegatoria que antecede, el carácter compensatorio que tiene la pretensión económica que se ha discutido entre las partes, entendiéndose por tal, como la vía que permite reparar el enriquecimiento injusto o sin causa de

---

[36] **Luís Díez-Picazo Y Ponce De León**. Derecho de Daños. Editorial Civitas. Año 1999. España. Páginas 56-57.

[37] "El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título De la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios. Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

alguno de los cónyuges, al haber logrado el beneficiado una situación económica más expectante que el otro, y que ello se debió al apoyo que le prestó el cónyuge más débil (...)"[38].

Por último, a modo de conclusión una mirada hacia el pasado.

Antes que existiera en nuestra legislación la institución de la compensación económica, al estudiar la teoría del enriquecimiento sin causa, se observan situaciones de sabor bastante similar al supuesto típico que consagra el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil. Estas situaciones pasaron a ser parte, por ejemplo, de la jurisprudencia francesa y nada obstaba en esos momentos (ni ahora para el caso del concubinato) a que se intentara aplicar en nuestro país.

Por ello, propongo dos interesantes situaciones tratadas por Waldo Figueroa Vásquez en su libro "La Acción de Enriquecimiento Sin Causa".

- La prestación entre concubinos. Este es el caso en que dos personas forman una comunidad de vida, pero sin contraer matrimonio. Es común, en estos casos que uno de ellos, normalmente "la mujer, realice una actividad permanente o aún esporádica, que tiende específicamente a ayudar a su pareja, sea a través de prestaciones directas (como ayudas de dinero), sea en el ejercicio de una actividad comercial, de una profesión u oficio, realizando labores apreciables pecuniariamente o soportando sacrificios que de no existir una relación sentimental de por medio, obligarían al beneficiado a pagar por ellos; son los casos en que la mujer sirva en el establecimiento comercial del hombre, atiende los menesteres domésticos o lo cuida en su enfermedad"[39].

En estos casos, la parte más fuerte de la relación, puede tener un verdadero incremento patrimonial a costa del sacrificio de su pareja. La única diferencia con la compensación económica, es la ausencia de matrimonio.

Estas situaciones han sido reconocidas por nuestra jurisprudencia, en una de ellas, la Corte Suprema expreso "los servicios son por naturaleza remunerables, ya que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro"[40].

- Prestaciones entre cónyuges en régimen de separación de bienes. Este es el caso en que uno de los cónyuges se enriquece por la ayuda que el otro efectuó. Sin embargo, hay que tener presente dos limitaciones: en primer lugar, procede la indemnización sólo para el caso de separación de bienes. Esto porque para el caso de la sociedad conyugal operará (el equilibrio) una vez realizada la liquidación de la misma y; en segundo lugar, la actividad del empobrecido debe ser mayor a la obligación que el cónyuge tiene de contribuir a las cargas de la comunidad de vida que significa el matrimonio.

Para este caso "la acción de enriquecimiento sin causa será procedente cuando esta obligación que pesa sobre cada cónyuge haya sido sobrepasada, lo que ocurre cuando se proveen a

---

[38] **Ilustre Corte de Apelaciones de Antofagasta.** Rol Número: 1.016-2006. Fecha: 06 de diciembre de 2006. Redactada por el abogado integrante señor Alfonso Leppes Navarrete. Publicada en el sitio http://iurischile.com Visitado el 20 de febrero de 2007.

[39] **Waldo Enrique Figueroa Vásquez**. *La Acción de Enriquecimiento Sin Causa*. Fundación Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. Año 1997. Página 177.

[40] **Excelentísima Corte Suprema de Santiago.** Fecha: 16 de julio de 1919**.** Revista de Derecho y Jurisprudencia. *Tomo XVII*. Segunda Parte, Sección 2. Página 12.

las necesidades familiares en forma desigual en comparación a las facultades económicas del marido y mujer"[41].

3. Obligación Asistencial o de Derecho de Familia.

En España, Pilar de la Haza Díaz, en su libro "La Pensión de Separación y Divorcio", nos propone esta forma de observar la compensación económica (para ellos pensión compensatoria). Su explicación comienza con lo que se debe entender por obligación asistencial y la define de la siguiente manera: "el hecho de que entre determinadas personas se dé una relación de parentesco o de matrimonio tiene como consecuencia por imperativo de la ley, que surjan entre ellas una serie de derechos y obligaciones recíprocos de cooperación y de protección de la parte más débil que de no darse esa relación familiar, no existiría"[42]. En este caso, las personas se transforman en acreedores y deudores por el exclusivo vínculo parental o de matrimonio y no por un hecho dañoso o por los efectos de un contrato. Entre los ejemplos que se pueden dar para este tipo de obligaciones se encuentra el derecho de alimentos (salvo el caso del donante en nuestro país) y el relativo al deber de socorro entre cónyuges. Es cierto que estas obligaciones no se sancionan por el sólo vínculo parental o de matrimonio, ya que se hace necesario que concurran algunos presupuestos que la ley se encarga de mencionar, sin perjuicio de ello, derivan del llamado "principio de solidaridad familiar".

Según esta teoría, la compensación económica tiene como fundamento único la solidaridad familiar. Este principio, para el caso de la compensación económica, nace justo en el momento en que las partes del juicio contrajeron matrimonio y su objetivo es evitar el desequilibrio económico entre los ex –cónyuges, porque hay que tener en cuenta que el cónyuge más débil pierde absolutamente el nivel de vida que gozaba durante el matrimonio. Una opinión que revela ese sentido es la de Agustín Cañete, quien al criticar la génesis de esta institución señala "La realidad social de aquella época (1981, momento en que nace la pensión compensatoria) que había estado marcada hasta ese momento por la indisolubilidad del vínculo matrimonial invadió el ánimo del legislador en un perenne esfuerzo por mantener el valor del matrimonio y de la familia tradicional a toda costa, incluso con posterioridad a la ruptura o disolución ya permitida institucionalmente, proclamando indirectamente y con la ayuda de una pronta interpretación jurisprudencial que se dejó notar, la solidaridad post-matrimonial o la eternidad del deber de socorro entre los cónyuges"[43].

Esta teoría, en Chile, podría tener como argumento de texto el artículo 102 del Código Civil, ya que hay que recordar que su carácter indisoluble y para toda la vida, aún se mantienen intactos. Bajo este concepto, las personas no se casan para divorciarse o anularse, lo hacen con la perspectiva de crear una comunidad de vida que perdure hasta la muerte de alguno de ellos. Esta perspectiva conyugal, hace que los cónyuges delineen su actuar dentro de un matrimonio que

---

[41] **Waldo Enrique Figueroa Vásquez**. *La Acción de Enriquecimiento Sin Causa*. Fundación Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. Año 1997. Página 181.
[42] **Pilar de la Haza Díaz.** *La Pensión de Separación y Divorcio*. Editorial La Ley. Madrid. Año 1989. Página 21.
[43]**Agustín Cañete Quezada.** *La Pensión Compensatoria. Una Visión de Futuro.* Texto Publicado en www.porticolegal.com, visitado el 20 de noviembre de 2006.

perdurara en el tiempo y no pensando en que va a suceder si dicha relación se acaba. Así, por ejemplo, la decisión del marido de trabajar y la de la mujer de quedarse en casa cuidando a los hijos es una decisión que se toma en razón de su mutua conveniencia o deseos y no a lo que pueda suceder en el futuro para el caso en que el matrimonio se acabe.

Los deberes de socorro entre los cónyuges nacen una vez contraído el matrimonio y se mantienen incluso una vez terminado este, para el caso único que se de el supuesto del artículo 61, ya que dicha situación revela el desequilibrio en que uno de los cónyuges (el más débil) se encuentra, lo cual no puede ser desconocido por su pareja aún cuando se este poniendo fin al matrimonio.

Esta tesis se ve reforzada si se considera que en nuestro sistema el divorcio puede ser unilateral, es decir, sin el consentimiento de la otra parte, por lo que una persona puede no querer poner término al matrimonio pero igualmente verse envuelto en dicha situación.

La jurisprudencia ha hecho referencia al carácter asistencial de la compensación económica, sin embargo, el sentido en que se refiere a ella es diverso al expresado por la autora española. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, el 29 de mayo de 2006, expresó lo siguiente en su considerando Quinto: "(...) la compensación económica es funcional a las formas de relación de la pareja o modelo de familia y a las diversas realidades que siguen a la ruptura, que en la especie se produjo hace varios años.

Conforme a ello, en este caso, la compensación económica jugará una función asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en el tiempo y en entidad, teniendo en cuenta la edad similar de ambos, su salud y la situación patrimonial y previsional de cada uno, considerando que la cónyuge que entregó su dedicación al hogar y a los hijos, no se reinsertó laboralmente al momento de la ruptura y ahora, le será muy difícil hacerlo"[44]. (Redacción de la Ministro Titular Gabriela Soto Chandía. Rol Nº 225-2006).

Entre las críticas que esta tesis puede generar, elijo dos:

- Tanto el divorcio como la nulidad, tienen el objetivo de poner término al matrimonio, por las causales que la misma ley señala. Uno de los efectos de dichas instituciones, es precisamente el fin de los deberes y derechos conyugales, entre ellos, el deber de socorro. El creer que este deber de socorro tiene una validez post –conyugal carece de lógica pues al producirse el término del matrimonio, los cónyuges ya no lo son más. Así, por ejemplo, los alimentos mayores son una expresión del deber de socorro y tienen lugar cuando uno de los cónyuges no puede sostenerse económicamente por si mismo. Estos alimentos cesan una vez que se pone fin al matrimonio, porque el deber de socorro se extingue. Entonces no tiene sentido pensar que ese deber tiene supervivencia para el sólo efecto de la compensación económica.

- Hablar de una obligación post –conyugal, implica necesariamente extender la relación entre los cónyuges más allá de la vigencia del matrimonio. Al discutir el proyecto de ley, el entonces Ministro de Justicia, señor Gómez "afirmó que este sistema está operando en muchos

---

[44] **José Luís Zavala Ortiz y Carolina Montecinos Fabio.** *Jurisprudencia Divorcio*. Cese de Convivencia. Compensación Económica. Procedimientos. Edición Actualizada 2007. Editorial PuntoLex S.A. Santiago de Chile. Año 2007. Página 160.

países, y tiene la gran ventaja de que pone fin tempranamente a la discusión económica para no perpetuar el conflicto familiar, como ocurre con los alimentos, en que las solicitudes de rebaja o de aumentos producen enfrentamientos constantes, que lo único que hacen es perpetuar odiosidades"[45]. En un sentido similar, Carlos Pizarro considera "que en Chile no podría fijar una compensación perpetua, ya que debe establecer su monto en la sentencia. Pero nada impide que fije una compensación por cualquier tiempo definido. Sólo cabría agregar que parece conveniente la temporalidad en la fijación de la compensación económica, puesto que su permanencia en el tiempo posibilita conflictos entre los cónyuges y no incentiva la inserción laboral del cónyuge beneficiario"[46].

4. La Indemnización por Equidad.

Uno de los argumentos más fuertes y recurridos por la doctrina para determinar que la compensación económica se aleja de la responsabilidad civil, dice relación con la imputabilidad del deudor, es decir, el dolo o la culpa que impregno en su actuar, lo cual no tiene una presencia necesaria en esta institución. De hecho, desde la historia del establecimiento de la ley, hasta el mismo texto legal, se concluye que incluso un cónyuge que ha obrado con culpa, es beneficiario del derecho a solicitar una compensación económica.

Sin embargo, existe una teoría llamada de la responsabilidad objetiva o sin culpa, la cual tiene como principal característica no considerar la imputabilidad del deudor o sujeto pasivo. Esta teoría se centra en el daño provocado, sin importar el aspecto subjetivo del autor: si un inocente daña a otro inocente, igualmente tiene la obligación de indemnizar.

Al hablar de responsabilidad en términos generales y comunes, se entiende como la obligación que una persona tiene de responder por el daño ocasionado, siempre que en el actuar de su autor exista culpa. Es decir, que si el actor no realiza la acción con culpa, el daño producido no es indemnizable. Lo expresado es el principio básico que inspira nuestra legislación civil y constituye el motivo principal por el cual se niega que la compensación económica sea asimilable a la responsabilidad civil.

Sin perjuicio de lo anterior, el hecho que nuestro Código Civil haya preferido inspirarse en una teoría subjetiva en materia de responsabilidad, no puede llevar al lector a concluir que no existe otra forma de observar el tema de la responsabilidad o que no se puede aplicar un principio distinto a nuestra legislación.

En el caso del derecho romano clásico, se "entiende el derecho no como un sistema de normas de conducta, ni como una estructura de imputación/respuesta, sino como algo más simple, como una cosa, la cosa justa, pero cosa –res, en el sentido romano: como una justa repartición,

---

[45] **Carolina Montecinos Fabio.** *Historia de la Ley: La Compensación Económica en la Ley Nº 19.947 que Establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Artículo Publicado en Revista Leyes & Sentencias. Nº 16. 1 al 14 de mayo de 2006. Santiago de Chile. Página 168.

[46] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 27.

como un justo equilibrio de bienes que pueden ser repartidos entre los miembros de la ciudad"[47]. Bajo este principio, cualquier desequilibrio que una persona sufriera por el actuar dañoso de otro, debía ser reparado, puesto que el equilibrio se destruye y es obligación del ordenamiento jurídico el reestablecerlo.

Sin embargo, luego de la reforma protestante, el derecho pasa a ser "un conjunto de normas de conducta, y donde la obligación de responder por un daño cometido tendrá su base no en el daño producido a una víctima en lo suyo (desequilibrio de un orden de justicia, de igualdad), sino en el sujeto autor del daño, pues que orden de conductas significa imputación, e imputación de la violación de un deber. Estamos, si se advierte, ya en el pleno corazón de la moral, es decir el derecho ha dejado de ser ese ámbito de *res exteriores* que trabajaban los romanos, para devenir moral, y una moral laica, sistema de deberes y derechos subjetivos, un orden de imputaciones, de responsabilidades fundadas en la falta y donde la reparación es sanción a un culpable"[48].

Sin la intención de seguir la evolución histórica que el tema de la responsabilidad tiene, se puede apreciar que el sistema que predomine en un país, se debe a una decisión legislativa propia de cada Estado. Para el nuestro, se consagró un sistema subjetivo, en donde el autor del daño pasa a ser el centro de interés principal, al momento de decidir si debe responder o no a la víctima. Sin perjuicio de lo anterior, existen principios jurídicos que inundan la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los cuales sirven de fundamento a una responsabilidad objetiva o sin culpa. Entre ellos, también denominados factores objetivos, se encuentra la equidad, la cual si se aprecia en una adecuada medida puede dar una respuesta más a la naturaleza jurídica de la compensación económica. La equidad es un principio general del derecho, que en términos prácticos, debe ser aplicado por el juez al momento de decidir frente a un caso concreto. ¿En que forma?, eligiendo para solucionar el caso, la interpretación que logre un mayor grado de justicia. Por ello, al observar la institución de la compensación económica, se concluye que la equidad no es un principio para que solamente sea aplicado por el juez para dar justicia a un caso concreto, sino que también, es un principio que el legislador puede incluir en la creación de normas. Así las cosas, la normativa relativa a la compensación económica, los supuestos para su aplicación, como las circunstancias del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, no sería más que una expresión de dicho principio, ya que el legislador lo que intenta es reparar el desequilibrio que existe entre los cónyuges en base a un concepto de equidad y de justicia dando todas las herramientas necesarias para que el juez sancione una situación que se produjo durante el matrimonio y que producirá sus efectos una vez que haya terminado. Para Agustín Cañete, "La razón de ser de la pensión (...) debemos encontrarla en el principio de justicia o equidad que debe ser aplicado en orden a paliar un determinado perjuicio o daño de carácter injusto que tiene su origen inmediato en el fracaso del proyecto convivencial, no compensable por otras vías y que únicamente es apreciable en situaciones de desequilibrio económico por medio del agravio comparativo que resulte de las posiciones en la que quedan los cónyuges tras dicha ruptura y su panorámica de inminente futuro y que, por último y

---

[47] **Eduardo Soto Kloss.** *Derecho Administrativo*. Bases Fundamentales. Tomo II. El Principio de Juridicidad. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Año 1996. Página 249.

[48] **Eduardo Soto Kloss.** *Derecho Administrativo*. Bases Fundamentales. Tomo II. El Principio de Juridicidad. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Año 1996. Páginas 245 y 255.

aún dándose las anteriores circunstancias, no es indemnizable en todos los casos o de forma incondicional, sino dentro del marco de conveniencia que el resto de medidas familiares aconsejen o posibiliten y bajo la expresa salvaguarda de intereses superiores como son los de los hijos (principio bonum filli), los cuales la sentencia matrimonial no puede olvidar y en todo caso ha de respetar. Existencia del matrimonio, del desequilibrio, del perjuicio objetivo e injusto y, por ultimo, de la viabilidad o posibilidad de la pensión a tenor del contexto en el que queda la familia tras la regulación de su crisis, son notas que deben configurar el derecho a la pensión compensatoria"[49].

Pero para hablar de una indemnización por equidad se deben cumplir ciertos requisitos, entre ellos los siguientes:

- Debe existir un daño. En este caso, el beneficiario de una compensación económica sufre el daño de no poder trabajar o hacerlo en una medida menor a la que podía y quería, en razón de haber tenido que cuidar a sus hijos y realizar las labores del hogar común. La libertad para trabajar, de la cual goza el otro cónyuge, se ve afectada por la no colaboración en las tareas ya descritas, lo cual deja al más débil con la obligación de realizarlas en forma completa. Este daño, esta imposibilidad de realizar una actividad laboral con libertad, provoca el menoscabo económico, que se debe tener en cuenta para determinar si al término del matrimonio efectivamente los cónyuges se encuentran en desequilibrio. Por ello, si el cónyuge solicitante no cumple con el requisito de no trabajar o hacerlo en la medida que podía y quería no procede esta indemnización por equidad.

- La relación de causalidad. Entre el daño, en este caso, el perjuicio o menoscabo económico y, el hecho que lo ocasiona, debe existir una relación de causalidad, para que de ese modo el autor de esa conducta se encuentre obligado a indemnizar al afectado.

¿El menoscabo económico tiene una relación de causalidad con algún hecho realizado por el cónyuge más fuerte?. Según el artículo 131 del Código Civil[50], los cónyuges se encuentran obligados a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, con lo que se debe concluir que frente al cuidado de los hijos y las labores del hogar común son ambos cónyuges los llamados a darle cumplimiento. Si uno de ellos es quien durante la vigencia del matrimonio se encargó de dichas tareas, es porque el otro no quiso verse involucrado –por las razones que sean- en el cumplimiento de dichas obligaciones propias del matrimonio.

Como se aprecia, el hecho del deudor está comprendido por una omisión: la no realización de las obligaciones ya mencionadas. Frente a este respecto, Carlos A. Ghersi, señala: "la noción de hecho humano comprende dos situaciones: la acción, es decir, la situación en que como consecuencia de la intervención del hombre se produce un cambio en el mundo exterior (...) y la omisión, es decir, la abstención en el actuar (...). Acciones y omisiones pueden producir daño"[51]. A título meramente interesante, reproduzco el artículo 1074 del Código Civil argentino: "Toda

---

[49] **Agustín Cañete Quezada.** *La Pensión Compensatoria. Una Visión de Futuro.* Texto Publicado en www.porticolegal.com, visitado el 20 de noviembre de 2006.

[50] Artículo 131. Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos.

[51] **Jorge Mosset Iturraspe, Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos A. Ghersi, Gabriel A. Stiglitz, Carlos Parrellada y Carlos A. Echevesti.** *Responsabilidad Civil*. Editorial Hammurabi. Segunda Reimpresión. Buenos Aires. Año 1997. Página 49.

persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

El daño o perjuicio sufrido por el cónyuge más débil tiene su origen en el cumplimiento del supuesto del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir, por dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común no pudo realizar una actividad remunerada o no lo hizo en la medida de lo que podía y quería. Esta situación debió ser realizada obligatoriamente por uno de los cónyuges, debido a que el otro no quiso ser partícipe de esas responsabilidades, aún cuando la ley lo obliga a hacerlo, en otras palabras, la omisión o incumplimiento ocasiona en forma mediata el menoscabo económico sufrido.

- La involuntariedad del acto. Es decir, no existe culpa ni dolo en la omisión de uno de los cónyuges. La intención de provocar el daño no interesa, de hecho en la mayoría de los casos el cónyuge que se queda a cargo de los hijos y del hogar, lo hace debido a que considera que es la mejor opción y no porque uno de ellos quiere perjudicar al otro. Se debe recordar que al hablar de responsabilidad objetiva o sin culpa, la imputabilidad no interesa.

- El acto debe generar responsabilidad. En este caso, la omisión genera responsabilidad precisamente porque la ley le impone una determinada obligación, de la cual el cónyuge deudor se abstuvo de realizar. La responsabilidad nace entonces, a favor del otro quien se vio forzado a cumplir en forma solitaria una tarea conjunta, lo que le ocasiona el perjuicio de no poder trabajar o hacerlo en menor medida.

- Pautas para determinar la indemnización. Al hablar de una indemnización de equidad, existen ciertas pautas, necesarias para determinar si efectivamente tal principio ha de aplicarse a favor de uno de ellos. El país vecino, estas pautas nacen de la legislación y doctrina argentina, las cuales resultan bastante similares a las circunstancias que se deben tener en cuenta para otorgar una compensación económica en nuestro país.

En primer lugar se encuentra el patrimonio del autor del hecho. La importancia esta dada "porque estas indemnizaciones de equidad no pueden privar al responsable de los medios que necesita para su propio sustento o el de su familia"[52]. El artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, habla de la situación patrimonial de los cónyuges y, una de las interpretaciones que se pueden dar a dicha circunstancia es precisamente que respecto del demandado se debe tener en cuenta que necesita de medios para poder subsistir (sobretodo si ya cuenta con otra pareja e hijos).

En segundo lugar, se debe tener en cuenta la situación personal de la víctima. La mayoría de las circunstancias del artículo 62, sirven al juez para apreciar cual es la situación personal del beneficiario al momento de poner fin al matrimonio. Esa actual situación permite apreciar las consecuencias del daño causado, dimensionarlo y valorarlo. Kemelmajer y Parrellada señalan, "en

---

[52] **Jorge Mosset Iturraspe, Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos A. Ghersi, Gabriel A. Stiglitz, Carlos Parrellada y Carlos A. Echevesti.** *Responsabilidad Civil*. Editorial Hammurabi. Segunda Reimpresión. Buenos Aires. Año 1997. Página 129.

cuanto a la situación personal de la víctima, debe ser apreciada en el contexto general de sus circunstancias personales (sociales, laborales, familiares, etc.) y no sólo las económicas"[53].

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina considera que respecto a este tipo de indemnizaciones se deben tener en cuenta además otras circunstancias, como por ejemplo, el régimen legal provisional o el régimen sucesorio. Esto sería necesario porque "no debe olvidarse que esta excepción al régimen general tiene por finalidad aliviar la situación de necesidad que pudo haber creado el daño causado involuntariamente por lo que si por otras vías esa necesidad ha sido aliviada, debe ser contemplado"[54].

Concepto de Compensación Económica.

Son muchas las definiciones que se han dado para la compensación económica, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera. En la presente memoria presentare algunos de ellos con el objeto de graficar los distintos enfoques que se han dado.

1. Herminia Campusano la define como "aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a las sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradotas de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación a la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal"[55].

Este concepto destaca el objeto de la compensación económica (o pensión compensatoria), el cual es evitar o dar solución al desequilibrio que existe entre los cónyuges al momento de ponerse termino al matrimonio o más precisamente a la cesación de la vida conyugal, pues hay que recordar que en España esta institución procede también para los casos de separación. Otro aspecto interesante es que la trata como una renta periódica, en nuestra Ley de Matrimonio Civil, se habla de una cantidad de dinero y en el caso de no poder pagarla en integro, se procede, con autorización de la misma ley y del juez, a dividirla en tantas cuotas como sea necesario, a fin de facilitar al deudor el pago de la misma. De hecho en las sentencias de nuestros tribunales de justicia, siempre se hace referencia a la cantidad completa y luego se agrega la división de meses y el monto a pagar como cuota. Si bien la ley habla de una cantidad íntegra no se puede dejar de reconocer que es la regla general son las cuotas y resulta un hallazgo alguna sentencia de pago íntegro (es posible verlo en algunas a las cuales se ha llegado por acuerdo).

---

[53]**Jorge Mosset Iturraspe, Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos A. Ghersi, Gabriel A. Stiglitz, Carlos Parrellada y Carlos A. Echevesti.** *Responsabilidad Civil*. Editorial Hammurabi. Segunda Reimpresión. Buenos Aires. Año 1997. Página 193.

[54] **Jorge Mosset Iturraspe, Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos A. Ghersi, Gabriel A. Stiglitz, Carlos Parrellada y Carlos A. Echevesti**. *Responsabilidad Civil*. Editorial Hammurabi. Segunda Reimpresión. Buenos Aires. Año 1997. Página 193.

[55] **Herminia Campuzano Tomé**. *La Pensión por Desequilibrio Económico en los Casos de Separación y Divorcio.* Editorial Bosch. Año 1986. España. Página 28.

2. Álvaro Vidal la define como "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 a nulidad matrimonial la causa un menoscabo económico"[56].

Este concepto, también de carácter descriptivo pone énfasis en las causales que dan motivo a la solicitud de compensación y que señala el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil. Junto a ello le da carácter esencial a la existencia del menoscabo económico, ya que su ausencia haría improcedente el otorgamiento de una compensación económica.

3. Gustavo Cuevas la define como la indemnización que debe pagar uno de los cónyuges al otro con el objeto de reestablecer, al término del matrimonio por nulidad de este o divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida"[57].

En este concepto, se encuentra fundado en el desequilibrio que los cónyuges afrontan una vez terminado el matrimonio y le da una naturaleza indemnizatoria, a favor del cónyuge más débil en razón del menoscabo o perjuicio sufrido.

4. Por último y a modo de conclusión, ofrezco el siguiente concepto: "La compensación económica es un acción, que tiene por objeto, mediante una sentencia judicial, equilibrar la situación patrimonial de los cónyuges, en razón del beneficio que uno de ellos obtuvo durante la vigencia del matrimonio con el sacrificio desplegado en pos de la familia por el solicitante".

---

[56] **Álvaro Vidal Olivares**. *La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Segundo Semestre de 2007. Editorial Jurídica de Chile. Página 254.

[57] **Gustavo Cuevas M.** *Indemnizaciones Reparatorias de la Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regimenes Matrimoniales.* Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Año 2004. Santiago de Chile. Página 74.

Capítulo 3

Una explicación previa, presupuestos para que se otorgue la compensación económica, análisis de los requisitos que se consideran en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, forma de calcular la compensación económica.

El legislador agrupó la normativa relativa a la compensación económica en seis artículos ubicados desde el número 61 al 66 de la Ley de Matrimonio Civil. De su lectura se produce una impresión de claridad y, frente a un primer acercamiento, los requisitos parecen bastante claros y objetivos. Sin embargo, al comenzar a aplicarlos a las situaciones reales a las cuales el divorcio o la nulidad da lugar, comienzan a presentarse bastantes dificultades, como por ejemplo, la falta de una definición de lo que es el menoscabo económico, el cual resulta fundamental para el otorgamiento de una compensación económica.

La intención en este capítulo será aclarar cuales son los elementos que resultan ser esenciales para que el juez otorgue a uno de los ex –cónyuges una compensación económica.

La ausencia de estos requisitos invariablemente repercutirá en una denegación de la mencionada compensación económica.

Una Explicación Previa

En este capítulo trataré en forma detallada el contenido de los artículos 61 y 62, los cuales constituyen el núcleo de esta institución, por lo que se hace necesario aclarar en que forma se deben apreciar ambas normas. El artículo 61 señala los presupuestos básicos para que una compensación proceda: (i) haberse dedicado a los hijos o a las labores del hogar común; (ii) no haber realizado una actividad remunerada o no haberlo hecho en la medida de lo que podía y quería, por la razón antes expuesta y; (iii) tener una consecuencia determinada, provocar un menoscabo económico. El cumplimiento de estos tres requisitos es lo que hace nacer el derecho a solicitar una compensación económica por parte del cónyuge más débil en un juicio de divorcio o de nulidad, por lo mismo, el juez tendrá en consideración para determinar la existencia de los dos primeros requisitos la prueba que las partes han rendido en juicio, mientras que para determinar la existencia del menoscabo económico, tendrá que tener especial consideración por las circunstancias que señala el artículo 62, puesto que ellas comprueban la existencia de dicho menoscabo, teniendo presente que dicho artículo no tiene un carácter taxativo. Sin lugar a dudas en esas circunstancias es en donde recaerá la mayor parte de la prueba de las partes. Como se aprecia, ambos artículos toman la coherencia necesaria, pues ninguno puede existir sin el otro y, nos señala además que el menoscabo económico no se presume por el sólo cumplimiento de los

primeros factores que señala el artículo 61, sino que su existencia se determinará por la apreciación de las circunstancias del artículo 62.

Opinión distinta es la de Hernán Corral, para quien la armonía de dichos artículos es sólo aparente, puesto que "la cuestión se enturbia cuando se advierte que las pautas indicadas en el artículo 62 son también contempladas en la ley para determinar "la existencia del menoscabo económico", que es uno de los supuestos del artículo anterior"[58]. Continua, señalando que en la mayoría de los casos, el menoscabo económico se producirá por las situaciones que señala el artículo 61, pero puede suceder que el menoscabo económico se produzca ahora no por las situaciones del artículo 61, sino que exclusivamente por alguna de las mencionadas en el artículo 62, por ejemplo, el caso de una mujer que no haya trabajado durante el matrimonio, debido a que tenía una enfermedad que la incapacite. También esta situación se puede dar a la inversa, es decir, concluir que en razón del artículo 61 se configura el menoscabo, pero no cumple con las pautas del artículo 62. Todo esto, teniendo presente también que el artículo 62 no es taxativo, por lo cual, bien se podría configurar el menoscabo económico por una circunstancia no contemplada en dicho artículo.

Es cierto, que la dependencia de ambos artículos de cierta manera complica su aplicación, pero eso no quiere decir que carezcan de armonía, aún cuando la determinación de uno de sus elementos esté en manos de otro artículo. En mi opinión, la posición de Hernán Corral adolece de algunas imprecisiones, en primer lugar, el menoscabo económico, al cual se refiere el artículo 61, sólo es compensable, cuando tiene como causa la situación de no haber realizado actividad remunerada alguna o no hacerlo en la medida de lo que podía y quería, por ello ocupa la expresión "se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa", la causa a la que se refiere, es precisamente la señalada y esa causa es la consecuencia del hecho de haber cuidado a los hijos o haber realizado las labores del hogar común. La cadena causal es perfecta, lo cual impide al juzgador otorgar una compensación económica en un caso en el cual no se den las situaciones previstas en el artículo 61 y que dan origen en forma expresa al menoscabo económico. Esto no quiere decir que el menoscabo económico no se pueda producir por otras razones distintas a las que se expresan en el mencionado artículo, pero el legislador decidió sólo compensar aquellos casos en que el menoscabo nazca por las expresas razones ya mencionadas. En segundo lugar, el menoscabo económico no se presume, es decir, no siempre las situaciones señaladas en el artículo 61, tendrán como consecuencia necesaria un menoscabo económico en el cónyuge que las llevó a cabo, sino que es necesario probar que esa escala causal termina con un menoscabo de tipo económico, por ello es que el legislador coloca en esa función al artículo 62, quien con sus circunstancias y otras no señaladas, podrán probar que dicho menoscabo existe. De hecho, la misma línea causal que señala el artículo 61 debe ser probada, es decir, no sólo probar que el hecho existió durante el matrimonio, sino que fue la causa de la consecuencia que señala el mismo artículo, porque es perfectamente posible, que el no realizar una actividad remunerada o el

---

[58] Para este autor la armonía se mantendría si el artículo 62, se limitara a servir para determinar sólo el monto o cuantía de la compensación y no para determinar su existencia. **Hernán Corral Talciani.** *Sobre la Función y Criterios de Determinación de la Compensación Económica* Matrimonial*.* Publicado en La Semana Jurídica, Número 320. Año 2006. Páginas 6 y 7.

menoscabo se deba a razones diversas de las señaladas, pero que la ley decidió no compensar. Por último, se debe señalar, que no es pertinente decir que una compensación económica puede proceder por la sola configuración de alguna de las circunstancias del artículo 62, aún cuando provoquen un menoscabo económico, porque dicho articulo, esta íntimamente ligado al 61, por lo que su aplicación depende exclusivamente del cumplimiento del anterior.

En la legislación española este problema de interpretación no se presenta, ya que el núcleo de la pensión compensatoria se consagra en el artículo 97 del Código Civil, el cual señala lo siguiente: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijara en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: 1. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges. 2. La edad y estado de salud. 3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo 4. La dedicación pasada y futura a la familia. 5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7. La perdida eventual de un derecho de pensión 8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge en la resolución judicial se fijaran las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad"[59]. Como se observa, no existe una dualidad de artículos, para regular una situación tal como se contempla en nuestra legislación. En el caso español, se habla específicamente de un desequilibrio sin mencionar las causas que lo deben originar, sino que se mencionan las circunstancias que se deben tener en cuenta para determinar la pensión compensatoria. Para la doctrina española, al igual que en la nuestra, se considera que el artículo 97 no tiene un carácter taxativo y, si acompañamos el hecho que no se señalan las causas del desequilibrio, concluiremos que es perfectamente posible que dicho desequilibrio se produzca por circunstancias distintas a las señaladas por la ley.

En el caso francés, el código civil señala en su artículo 270, lo siguiente: "Salvo cuando se dictara con motivo del cese de la convivencia conyugal, el divorcio pondrá fin al deber de socorro previsto en el artículo 212 del Código Civil; pero uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas"[60]. En esta legislación también se habla de un desequilibrio de los cónyuges al momento de producirse el término del matrimonio, como se aprecia el supuesto es genérico y no específico como en nuestro artículo 61, es decir, la disparidad a la que hace mención, se puede deber a distintas circunstancias no señaladas en la misma ley. El artículo siguiente, señala que "La prestación compensatoria se fijará según las necesidades del cónyuge a quien se pague y los recursos del otro teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y la evolución de éste en un futuro previsible" y, para determinar esas necesidades y esos recursos el artículo 272, señala una serie de circunstancias similares a las que

---

[59] *Código Civil Español* (modificaciones introducidas por la Ley 30/1981, de 7 de julio)
[60] *Código Civil Francés* (modificado por Ley Nº 75-617, de Julio de 1971 y Ley Nº 2000-596 de 30 de junio de 2000 y Ley Nº 2001-1135 de 3 de diciembre 2001)

contempla nuestra legislación[61]. Este caso, la institución se presenta elaborada en una técnica más similar a la que eligió nuestro legislador, presentando el supuesto de hecho con una complementación del resto de los artículos. Sin embargo, en este caso no se presentan las dudas que nuestro articulado ofrece, ya que en artículo 270, no ofrece las causas y consecuencias de la compensación, sino que presenta una situación genérica y luego delimita el como determinar esa prestación.

Por último, para el Código Civil Alemán, la situación es completamente diversa y en su artículo 1587, señala lo siguiente: "1. Habrá una pensión compensatoria entre los cónyuges divorciados en caso de que durante el matrimonio se hubiera constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos esperanzas de derecho a expectativas de un futuro pago de una pensión por causa de edad o de incapacidad laboral o profesional de los mencionados en el 1587, apartado 2. No se tomarán en cuenta las esperanzas de derecho a expectativas de pago que no hubieran sido constituidas o mantenidas en base al trabajo o al patrimonio de los cónyuges. 2. Se entenderá por duración del matrimonio a los efectos de las disposiciones relativas a la pensión compensatoria el periodo desde el comienzo del mes de celebración del matrimonio hasta el final del mes anterior a aquel en el que se interpusiera la demanda de divorcio. 3. Para las esperanzas de derecho a expectativas de un futuro pago en las que se base la pensión compensatoria serán exclusivamente de aplicación las disposiciones siguientes. No podrán aplicarse las disposiciones relativas al derecho de bienes"[62]. En este caso el legislador alemán, señala en este artículo los requisitos de procedencia de la pensión compensatoria y en el siguiente artículo indica quien es el cónyuge obligado a efectuar la prestación en base a una serie de cálculos. Como la regulación es distinta a todas las vistas, este articulado no presenta ningún inconveniente en cuanto a su forma de aplicación, pues cada etapa se encuentra lo suficientemente diferenciada.

Presupuestos para que se Otorgue la Compensación Económica

Los presupuestos necesarios para que se otorgue una compensación económica se encuentran esencialmente en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil[63], sin embargo, se deben contemplar dos requisitos más que, que por lo pronto son de toda lógica y que sin ellos los demás no podrían tener lugar. Estos presupuestos son los siguientes:

---

[61] La edad y el estado de salud de los esposos; La duración del matrimonio; El tiempo ya dedicado o que se necesite dedicar a la educación de los hijos; Su cualificación y su situación profesionales en relación con el mercado laboral; Sus derechos existentes y previsibles; Su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación; Su patrimonio, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen matrimonial.

[62] *Código Civil Alemán* (modificado por la Ley de Reforma de 1976 y 1986)

[63] "Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 61 de la ley 19.947, son requisitos de procedencia de la compensación económica: a) el que el solicitante se haya dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o del hogar común, siendo éste un hecho objetivo, por lo que es irrelevante si se debió a una decisión voluntaria o fue impuesta por el otro cónyuge o por otras circunstancias; b) el no haber desarrollado una actividad remunerada o lucrativa en ese período, o haberlo hecho en menor medida de lo que hubiere podido o querido; y c) el menoscabo económico que tal situación ocasiona en el solicitante". **Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.** Considerando 5. Número de Rol: 10.333-2005. Fecha 24 de enero de 2007. Redactada por la abogada integrante señora Muñoz. Publicada en el sitio http://jurischile.com Visitado el 20 de febrero de 2007.

1. La existencia del matrimonio.

La existencia del matrimonio y todas las circunstancias que en el se producen son las que junto con la solicitud de divorcio o de nulidad permiten a uno de los cónyuges interponer una demanda de compensación económica. La falta del matrimonio no hace posible bajo ninguna circunstancia solicitar una compensación, como por ejemplo, en el concubinato. Dentro de la figura del matrimonio también se encuentra incluido el matrimonio nulo putativo, pues es necesario recordar que es un matrimonio que produce los mismos efectos que el válido para el cónyuge que de buena fe lo contrajo.

2. Que en el juicio correspondiente se de lugar al divorcio o a la nulidad.

Para solicitar una compensación económica resulta también esencial que se de lugar al divorcio o a la nulidad solicitada. La demanda de compensación económica se solicita conjuntamente con la demanda de divorcio o de nulidad, en el mismo libelo o en la audiencia preparatoria al momento de ratificar la demanda, en forma verbal o en un escrito complementario, esto en el caso que el solicitante sea el demandante, en el caso del demandado este la puede interponer en forma reconvencional ya sea por escrito, tres días antes de la fecha fijada para la audiencia preparatoria o en la misma audiencia y en forma verbal, así el juez de considerarla procedente pasará a fijar los puntos de prueba para poder otorgar el divorcio o la nulidad y conjuntamente agregará los puntos de prueba para otorgar la compensación económica. Como se aprecia todo el juicio se lleva en conjunto con ambas solicitudes, sin contar que también puede involucrar demandas de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular. Así, la etapa de la prueba también se realiza en forma conjunta, tanto para la solicitud de divorcio o nulidad, como para la compensación económica, por lo que al momento de resolver dicha causa, el juez primero debe pronunciarse respecto de la solicitud de divorcio o de nulidad y posteriormente si esta se otorga, procederá a referirse a la negación o aceptación de la compensación económica y su monto. Tan ligados se encuentran, que el juez puede reservarse la fijación del monto de dicha compensación para el momento de la lectura de fallo, con lo que se comprueba que en muchos casos el juez debe reflexionar respecto al monto de la compensación con posterioridad al otorgamiento del divorcio o nulidad.

Estos dos primeros presupuestos para el otorgamiento de la compensación económica no cuentan con los favores de Susan Turner, para quien "la inclusión del matrimonio y de la sentencia de divorcio o nulidad posterior, no guarda total simetría con el resto de los presupuestos"[64]. Para ella, la exclusión de estos presupuestos se hace necesaria en razón de dos argumentos. En primer lugar, considera que el artículo 61 de la ley de matrimonio civil en ninguna parte señala que para el otorgamiento de una compensación económica se hace inevitable la existencia de un matrimonio y

---

[64] **Susan Turner Saelzer**. *Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Artículo Publicado en el Libro Estudios de Derecho Civil. "Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil". Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coordinadores Juan Andrés Varas Braun y Susan Turner Saelzer. Editorial Lexis Nexis. Valdivia. Año 2005. Página 484.

de una sentencia de nulidad o divorcio[65]. Así el matrimonio y la sentencia de nulidad o de divorcio sólo tendría importancia, en su opinión, para la verificación y medición del menoscabo económico.

Frente a este argumento, se puede decir que la correlación que existe entre la relación matrimonial y la sentencia de divorcio o de nulidad es de tal fortaleza que no se entiende una compensación económica sin esos requisitos, es cierto, que la ley no lo menciona, sin embargo, todos los presupuestos que el artículo 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil mencionan, tienen lugar en el matrimonio. Así, si el juez considera que no procede declarar el divorcio, por que no se cumple, por ejemplo, el requisito de tiempo de separación de hecho, entonces tampoco tendrá que dar lugar a la solicitud de compensación económica, aun cuando se hayan comprobado en juicio todos sus requisitos.

Susan Turner continua dando un segundo argumento para excluir ambos requisitos como presupuestos esenciales para el otorgamiento de una compensación económica, para ello se basa en el esquema de responsabilidad extracontractual que propone Hernán Corral[66], así para ella, si se consideran estos requisitos como presupuestos esenciales para el otorgamiento de una compensación económica se estaría reduciendo el ámbito de aplicación que esta institución tiene y, para ello nos propone el siguiente ejemplo: "el caso de una mujer que sin contraer matrimonio tiene un hijo y, para cuidarlo, abandona su trabajo remunerado. Si posteriormente se casa con el padre de su hijo, y después de meses se divorcia, no le serían resarcidos los perjuicios sufridos antes del matrimonio de considerarse a éste un requisito *ab initio*"[67]. Así entonces, si se obvian los requisitos en comento, el ámbito de aplicación de la compensación económica se ampliaría de manera importante, pues en el ejemplo, el juez debería tener en cuenta la situación que antecede al matrimonio y que dice relación con la pérdida del trabajo de la madre. En este mismo sentido Pablo Rodríguez Grez señala que "debiera considerarse el tiempo durante el cual los cónyuges convivieron antes de contraer matrimonio, asegurando así una interpretación de la norma que atienda al principio de protección del cónyuge más débil"[68]. Bajo este prisma si no se consideran ambos requisitos como parte de los presupuestos de la compensación económica resulta que las situaciones que entre las parejas se podrían provocar antes de contraer matrimonio toman gran relevancia para el momento de fijar la procedencia y el monto de la compensación.

Sin embargo, esta situación, de ampliar el ámbito de aplicación de la compensación económica y considerar la realidad anterior a la vigencia del matrimonio no elimina como

---

[65] "A diferencia de lo que ocurre con los demás presupuestos respecto de los cuales la ley utiliza las expresiones "como consecuencia" y "por esta causa", respecto del matrimonio y su posterior terminación se habla de "durante" y "cuando", es decir, términos que aluden claramente al ámbito temporal". **Susan Turner Saelzer**. *Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio* Civil. Artículo Publicado en el Libro Estudios de Derecho Civil. "Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil". Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coordinadores Juan Andrés Varas Braun y Susan Turner Saelzer. Editorial Lexis Nexis. Valdivia. Año 2005. Página 484.

[66] **Hernán Corral Talciani**. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. Año 2004. Página 105.

[67] **Susan Turner Saelzer**. *Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Artículo Publicado en el Libro Estudios de Derecho Civil. "Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil". Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coordinadores Juan Andrés Varas Braun y Susan Turner Saelzer. Editorial Lexis Nexis. Valdivia. Año 2005. Página 484.

[68] **Pablo Rodríguez Grez**. Artículo titulado *Ley de Matrimonio Civil*. *Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil*. Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Año 2004. Página 46.

presupuesto de validez la existencia del matrimonio y las sentencias de divorcio o de nulidad, puesto que en el mismo ejemplo propuesto por Susan Turner, si la mujer no se casa con el padre de su hijo o, si se casa, posteriormente no solicita la nulidad o divorcio, no tendría posibilidades de solicitar una compensación económica, por mucho que la relación tenga apariencia de matrimonio, si así fuera, la ley habría considerado también el concubinato como institución beneficiaria de una compensación económica. Sin embargo, concuerdo con que dicha situación anterior al matrimonio si debe ser tomada en cuenta, pero no para determinar la procedencia de la aludida compensación, sino que debe ser tomada en cuenta para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación económica, recordando que el artículo 62 no tiene la característica de ser taxativo, por lo que el juez tiene toda la facultad de tomar en cuenta esas circunstancias anteriores al matrimonio, así se logra un grado importante de justicia y de reconocimiento a las relaciones prematrimoniales.

Por último, se debe tener presente que una sentencia de divorcio o de nulidad no necesariamente trae aparejada una compensación económica, pues pueden las partes litigantes renunciar a su derecho a solicitarla, de hecho el juez tiene la obligación de explicar a las partes en que consiste esta institución y preguntar luego si desea renunciar a ella, por ello se puede obtener un divorcio o nulidad sin que se haya solicitado una compensación económica. No obstante, como se ha dicho, en caso que se solicite una compensación entonces si se hace necesaria una sentencia de divorcio o de nulidad.

3. Que uno de los cónyuges se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común.

Si en un juicio de divorcio o de nulidad, una de las partes decide demandar de compensación económica deberá comprobar que durante la vigencia del matrimonio fue quien se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común[69].

Lo primero será definir de alguna manera que es lo que se entiende por cuidado de los hijos, pues no todas los situaciones que de una u otra manera relacionan a los padres con sus hijos puede ser considerado un cuidado.

Para lograr una cercanía a dicho concepto lo primero que se debe tener en cuenta es que el cuidado de los hijos engloba sin lugar a dudas todos aquellos cuidados que resultan fundamentales para sus subsistencia, entre ellos tenemos: el darles alimentos, cuidarlos de enfermedades, etc. Todo esto en conformidad a las circunstancias económicas de la pareja y a la realidad social que experimenten.

---

[69] En efecto, si el demandado de compensación económica, es quien se preocupó del cuidado de los hijos y de las labores del hogar común, no procede pagar compensación, tal como se señala en la siguiente sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Antofagasta, de once de abril de 2006: "Que en suma, dado que el padre ha debido preocuparse personalmente de las labores propias del hogar y del cuidado y educación de sus hijos, éste no está en una situación jurídica de pagar una compensación jurídica a la madre que se despreocupó –independientemente de las causas- de la educación y formación de los hijos en un período importante de sus vidas, generándose en ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre sí, sin que puedan ser justificativas de alguna compensación". **José Luís Zavala Ortiz y Carolina Montecinos Fabio.** *Jurisprudencia Divorcio*. Cese de Convivencia. Compensación Económica. Procedimientos. Edición Actualizada 2007. Editorial PuntoLex S.A. Santiago de Chile. Año 2007. Página 150.

En un segundo término es necesario considerar elementos del cuidado de los hijos distintos a los anteriores y ubicarse en un ángulo diferente, aquí es donde aparecen un gran número de directrices que lograran influir en su comportamiento en el futuro, las cuales se irán cimentando en conformidad se aproximen a la adultez. En este ámbito encontramos uno de los más esenciales: educarse, no sólo en lo relativo a sus conocimientos académicos, los cuales lograra en su mayoría en los establecimientos educacionales, sino que también los relativos a su comportamiento en sociedad, los cuales son llamados genéricamente como hábitos de conducta. Aquí encontramos un abanico de situaciones, tan variadas como importantes y que van desde incorporar en el comportamiento hábitos de limpieza hasta los modales necesarios como para comunicarse con las demás personas. En este caso no hay lugar a dudas en cuanto a que cualquiera de los padres puede realizar dicha tarea.

Por último, es necesario también tener presente un tercer tipo de cuidado de los hijos, el cual se refiere al otorgamiento de posibilidades de recreación. En este caso los padres también tienen la obligación de velar por una correcta recreación de sus hijos en atención a su edad y condiciones económicas. Este aspecto también puede ser realizado por ambos padres sin necesidad de distinción alguna.

Como se aprecia entonces, el cuidado de los hijos puede ser tan variado y extenso que puede ir desde preocuparse de su alimentación, pasando por despertarlo en la mañana para ir a clases y finalizando el fin de semana llevándolo a jugar fútbol. Todas estas obligaciones pueden ser realizadas por ambos padres, pero en el caso que sea uno de los cónyuges el que los realiza, entonces ese cónyuge tendrá el derecho a solicitar una compensación económica en caso que se otorgue la nulidad o divorcio de su matrimonio.

Observando este requisito, inmediatamente se puede concluir que si ambos cónyuges reparten las obligaciones que son propias del cuidado de los hijos o las realizan todas en conjunto, ninguno de ellos podría estar facultado para solicitar una compensación económica, pues la base de este presupuesto es que sea uno de ellos y no ambos, el que se haya dedicado a estas tareas. Sin embargo, ¿qué pasa en el caso en el cual es la madre quien se preocupa de los dos primeros aspectos del cuidado de sus hijos y el padre es quien se ocupa de la recreación sólo el fin de semana o a la llegada de su trabajo?, ¿podríamos considerar que son ambos los que se ocupan del cuidado de los hijos? Una cosa es cierta, si pensamos que los padres se dedican ambos al cuidado de los hijos, no podemos exigir que este cuidado sea aritméticamente igual, pues siempre uno de ellos realizará más cosas que el otro, pero si se exige un cierto grado de proporcionalidad e importancia en el reparto de esas tareas, así, frente a la pregunta planteada, no se debe concluir que la madre no tiene derecho a solicitar una compensación económica porque el padre se encarga de las obligaciones de recreación, porque resulta evidente que no cumple con el requisito de la proporcionalidad en las tareas a realizar.

Volviendo al presupuesto en análisis, se observa un segundo aspecto y, que es el relativo a que el cónyuge que solicita la compensación económica, debe haberse encargado durante la vigencia del matrimonio a realizar las labores que son propias del hogar común. Estas labores las debemos entender como aquellas que resultan inherentes e indispensables para que el hogar

común de los cónyuges se mantenga en un grado de funcionalidad aceptable. Así, por ejemplo, encontramos en este tipo de tareas, las relativas a la limpieza del hogar, el pago de sus deudas, mantener el orden, etc. Estas tareas son completamente realizables por cualquiera de los cónyuges o en conjunto, por lo que es una decisión de pareja la que finalmente hará caer esta obligación en uno de ellos. Entonces, si es uno de los cónyuges quien se encarga de estas ocupaciones de manera exclusiva, en el caso que se produzca un divorcio o nulidad tendrá derecho a solicitar una compensación económica.

Visto y desarrollado brevemente el contenido de estos requisitos, se debe tener presente que el cuidado de los hijos y las labores del hogar común no son requisitos copulativos, puesto que la ley lo que hace es dar dos situaciones distintas entre las cuales ocupa la conjunción "o". Lo cual es natural pues se considera que no se puede dejar de lado la protección de esta institución a aquellas personas que no tuvieron hijos, por las razones que sea, y que se dedicaron completamente a la realización de los labores del hogar común, sufriendo como consecuencia el no poder trabajar o no hacerlo en la medida de lo que podía y quería. En todo caso, es claro que el monto de la compensación será mayor en el caso que la persona que la solicita haya cumplido con ambas obligaciones en vez de una. En la misma línea se encuentra la opinión de Juan Orrego Acuña, para quien "no es imprescindible, para que opere esta compensación económica, la existencia de hijos comunes de los cónyuges. En un matrimonio sin hijos, la mujer, por ejemplo, pudo haberse dedicado *a las labores propias del hogar común"*, caso en el cual, de darse alguna de las consecuencias enunciadas, tendrá derecho a exigir la compensación económica"[70].

Algunas Situaciones que se pueden Presentar.

Este presupuesto una vez analizado parece ser claro y no presentar ningún inconveniente, sin embargo, existen algunas situaciones que son propias del matrimonio y que de alguna manera pueden matizar este requisito o alterarlo de algún modo. Entre todas las situaciones que se pueden dar me detendré en las siguientes:

Primero. ¿Qué sucede frente al caso en que uno de los cónyuges voluntariamente decide encargarse del cuidado de los hijos y de las labores del hogar común? El caso en que uno de los cónyuges se encuentre obligado a realizar estas labores no resiste mayor análisis, puesto que cumplirá a cabalidad con el requisito y lo que se discutirá esencialmente es la efectividad en la realización de dichas tareas y la existencia de un menoscabo económico. Por ello, lo que estamos presentando es una situación distinta y bastante normal, uno de los cónyuges decide trabajar y el otro decide quedarse en el hogar común, encargarse de sus tareas y del cuidado de los hijos. La ley no hace distinción alguna en lo que se refiere al motivo por el cual ese cónyuge realiza dichas tareas o cuidados. Y dicha omisión parece no ser involuntaria, pues permite que cualquiera sea el motivo por el cual uno de los cónyuges se hace cargo de esas obligaciones igualmente pueda demandar de compensación económica. Solución que parece ser la más acertada, sobretodo teniendo en consideración que muchas personas que demandan de compensación económica son aquellas que

[70] **Juan Andrés Orrego Acuña**. *La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VIII. Nº 8. Año 2004.

se casaron hace muchos años, en los cuales no se discutía quien se quedaría en el hogar, pues era labor de la mujer en forma exclusiva. En la mayoría de esos casos la mujer no aceptaba en forma voluntaria quedarse en el hogar común al cuidado de los hijos y las tareas que correspondían, sino que esa situación era parte de una costumbre normal entre las parejas que contraían matrimonio y, son precisamente esos casos lo que resultan en la práctica los más dramáticos, pues son muchos años de matrimonio, en los cuales la mujer no tiene ninguna experiencia laboral y no puede por sí sola hacerse cargo de su vida futura. Es hoy en día donde vemos que las parejas recién unidas, en algún grado comparten el trabajo propio del hogar común y el cuidado de los hijos, sin dejar de acotar que no es un ideal y que faltan aún muchos cambios en la mentalidad de las parejas para que realmente el cuidado de los hijos, las tareas del hogar y la proyección personal logren de alguna manera adquirir el grado de proporcionalidad deseado. Frente a lo expuesto, el juez entonces ¿tendría que poner atención al momento en el cual la pareja contrajo matrimonio y cual era la realidad social de esa pareja para así determinar cual es el daño sufrido? Si el juez considerara que es necesario poner atención en las costumbres imperantes durante el momento en que se contrajo el matrimonio y en el cual perduró su vigencia, estaría incurriendo en una distinción arbitraria, que la ley no efectúa y que no tiene ningún efecto práctico en la finalidad a la cual apunta esta institución, el cual es evitar el desequilibrio que podría existir entre los ex – cónyuges luego de un divorcio o declaración de nulidad. El hecho que dichas funciones se hayan hecho en forma voluntaria no se puede tomar como una especie de castigo para quien así lo decidió y privarlo de la posibilidad de solicitar una compensación económica. Para terminar, en este mismo sentido Carlos Pizarro Wilson opina que "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"[71].

Segundo. ¿Qué sucede en el caso que el cónyuge que decide encargarse de las labores propias del hogar común contrata a un tercero para que realice dichas labores? En este caso, presento la situación de una persona que es dueña de casa, que no realiza ninguna labor remunerada y que contrata empleados particulares para que realicen las tareas propias del hogar común. En primer lugar, de la lectura del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, queda establecido que se le exige al cónyuge para ser acreedor de una compensación económica que sea en persona quien se dedique a realizar las labores del hogar común y no contempla la posibilidad que ese cónyuge se ayude de terceras personas. En segundo lugar, la persona que oficia como dueña de casa, pero que no realiza personalmente esas tareas, no esta realizando labor remunerada alguna, por eso es que está solicitando se le compense económicamente, por lo que sería normal que el dinero para pagar a estos terceros salga del trabajo remunerado del otro cónyuge, así, en estricto rigor quien estaría realizando las labores del hogar común a través de terceras persona sería el cónyuge con trabajo formal y no quien nominalmente aparece como dueña de casa. En tercer

[71] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 20.

lugar, si pensamos que el cónyuge debe igualmente supervisar a las personas que realicen dicha labor, se debe concluir que es corriente que eso suceda al principio de la relación laboral, ya que una vez que se toma confianza, las labores propias del hogar común se realizan cada vez con menos supervisión y, en el caso que esa confianza no se logre, entonces lo más probable es que se cambie a los empleados. Por último, se hace necesario tener presente que la institución de la compensación económica en algo es muy clara, el hecho de haberse dedicado a las labores del hogar común tiene que de alguna manera haber impedido al cónyuge que las realiza desarrollar alguna actividad remunerada o lucrativa o no poderlo hacer en la medida de lo que quería y podía, en este caso, si la persona que es dueña de casa contrata a terceros, la situación de imposibilidad de salir a trabajar desaparece pues ya no cuenta con la obligación de realizar las tareas propias del hogar común. Distinto es el caso que vimos anteriormente en que la persona voluntariamente decide quedarse en el hogar realizando las labores que le son propias, pues pese a que aquí no se encuentra forzada igualmente ocupa su tiempo realizando tareas que le son provechosas tanto a ella como a su cónyuge, independientemente del hecho que lo haya decidido en forma voluntaria.

En este sentido Carlos Pizarro Wilson, tiene una opinión totalmente contraria, así si la persona que se queda como dueña de casa contrata a terceros, "igual será acreedora de la compensación"[72]. Defender esta posición de alguna manera da solución al problema que se presentaría en caso que el cónyuge que solicita una compensación no cumpla a cabalidad alguno de los requisitos para su otorgamiento pero igualmente sufra un menoscabo económico, siempre y cuando se considere acertada la tesis que considera que los artículo 61 y 62 son independientes y pueden ambos formar causales suficientes como para el otorgamiento de una compensación[73].

Tercero. ¿Qué sucede en el caso en que el cónyuge acreedor de la compensación económica contrata a un tercero para que se encargue del cuidado de los hijos? Esta situación no es igual a la anterior y, se debe analizar en forma separada puesto que hay que recordar que el cuidado de los hijos y las labores del hogar común no son requisitos copulativos. En este caso uno de los cónyuges, que no tiene trabajo remunerado contrata a un tercero para que cuide a los hijos del matrimonio. Si bien se podrían dar los mismos argumentos expuestos anteriormente, en este caso la situación es distinta, puesto que por mucho que se contrate a una persona para que se encargue del cuidado de los hijos normalmente se hará con un grado de supervisión importante, lo que significará una preocupación constante para con los hijos. También es necesario tener presente que para el cuidado de los hijos no existe persona que pueda ser contratada para realizar esa labor durante las 24 horas al día y sin vacaciones, por lo que es natural que durante todos los periodos en los cuales esa persona no se encuentre presente será uno de los cónyuges el que se encargara de velar por sus hijos, así por ejemplo, si a las 3 de la madrugada el niño despierta con fiebre, quien se ocupará de ello es la madre y no llamará telefónicamente a la niñera para que vaya a la habitación a ver porque el niño llora (estas circunstancias es probable que sean modificadas en aquellos hogares con un nivel económico muy alto, pero como son casos mínimos en relación con la población no

---

[72] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuaderno de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 20.

[73] Ver opinión de Hernán Corral, página 43.

deben ser considerados para esbozar una regla general). Incluso, no sólo hay que considerar que la niñera tiene horario de trabajo para cuidar a los menores, sino que también tiene día libre, por lo que será el cónyuge encargado quien cuide sus hijos durante ese tiempo. Como se aprecia en este caso el cónyuge acreedor sí cumple con el presupuesto genérico, porque a lo menos no lo deja desenvolverse laboralmente en la medida de lo que quería y podía, puesto que bastante distinto es trabajar y llegar a ocuparse de los hijos, que trabajar y llegar a ver televisión. El cuidado de los hijos es una situación completamente distinta de las labores propias del hogar común, pues requiere un cuidado y preocupación distinta, las labores que son propias del hogar no sólo se pueden realizar en un horario determinado sin mayores problemas sino que también se pueden realizar sin supervisión de quien se ocupa de las labores de casa. Sin embargo, cosa distinta es la apreciación que el juez tiene que adoptar para determinar el monto de la compensación económica, pues la suma será menor si el cónyuge acreedor opera con servidumbre a aquel cónyuge que realizó las labores por sí mismo.

Por último, es importante tener presente el hecho que si uno de los cónyuges se encargó del cuidado de los hijos y de las labores del hogar común, el juez tendrá que combinar los distintos factores que se emplearon y con la sana crítica determinar la procedencia y monto de la compensación económica.

4. Que como consecuencia del requisito anterior uno de los cónyuges no pueda desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo haga en menor medida de lo que podía y quería.

Este presupuesto también debe producirse durante la vigencia del matrimonio y consiste en que aquel cónyuge que solicita se le conceda una compensación económica debe, durante la vigencia del matrimonio, haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común y producto de haber realizado esas tareas no poder desarrollar una actividad remunerada o no hacerlo en la medida de lo que podía y quería[74].

En primer lugar la ley considera el caso del cónyuge que no pudo realizar una actividad remunerada, es decir, que producto de la dedicación que durante la vigencia del matrimonio tuvo hacia la familia y el hogar común, no pudo tener lo que conocemos como trabajo "formal", en otras palabras, con ingresos periódicos y constantes. Este es el caso del cónyuge que siempre se encuentra en el hogar común y al cuidado de los hijos.

En segundo lugar, la ley contempla una situación distinta a la anterior y, se refiere al caso del cónyuge que realizó una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del matrimonio, pero no lo hizo en la medida de lo que podía y quería. Para Ramón Domínguez Aguila, "La cuestión que aquí se presenta dice relación con el empleo de la conjunción copulativa "y", que

[74] La Ilustre Corte de Apelaciones de Rancagua señala lo siguiente: "Que en cuanto a la compensación económica reclamada por vía de reconvención, es requisito para concederla no sólo que el cónyuge que la solicita haya cuidado a los hijos, sino mucho más precisamente que eso, que como consecuencia de ese cuidado, o de las labores del hogar común, el cónyuge de que se trate no haya podido desarrollar una actividad lucrativa o haya visto menoscabadas las posibilidades de obtener in mejor ingreso monetario". **José Luís Zavala Ortiz y Carolina Montecinos Fabio.** *Jurisprudencia Divorcio*. Cese de Convivencia. Compensación Económica. Procedimientos. Edición Actualizada 2007. Editorial PuntoLex S.A. Santiago de Chile. Año 2007. Página 170.

denota la concurrencia de ambos requisitos: podía y quería. De aquí resulta que no bastaría que la mujer probase que ella tuvo disposición o voluntad para trabajar en mayor medida o tener una actividad económica más remunerada o a mayor tiempo, sino que debe probar a la vez que tenía las condiciones objetivas para esa mayor actividad. Se trata de combinar un aspecto subjetivo (quería) con uno objetivo (podía)"[75].

En la primera parte del requisito, se habla de un cónyuge que durante la presencia del matrimonio desarrolló una actividad remunerada o lucrativa y además se encarga del cuidado de los hijos o de las labores del hogar común, sin embargo, no lo hace en la "medida de lo que podía", debido precisamente a que ese cónyuge es el que se encarga del cuidado de los hijos o de las labores del hogar común. Esto quiere decir, que si eliminamos la circunstancia de ese cónyuge, la de cuidar a sus hijos o realizar las labores del hogar común, podría desarrollar su trabajo en la medida justa, es decir, dentro de lo que normalmente una persona sin esas obligaciones podría desarrollar, entendiéndose esto último como una persona que trabaja ocho horas diarias (o 12 horas bajo ciertas circunstancias especiales), de Lunes a Sábado y dentro de lo que su conocimiento le permite. Si se observa desde ese punto de vista se puede decir que básicamente lo que impediría a un cónyuge, con esas obligaciones, desarrollar su trabajo en la medida de lo que podía, es el tiempo que tiene que dedicar a sus hijos o a las labores del hogar común, un tiempo reducido sería el que le quedaría para desarrollar su trabajo, así por ejemplo, tendría que trabajar medio tiempo. Sin embargo, no es lo único que se debe tomar en cuenta, así para Juan Orrego, "gravitará ciertamente en no haber podido desarrollar la actividad el grado de instrucción o educación formal del cónyuge más débil"[76], pero esta circunstancia no debe ser tomada sin comprobar en juicio que esa falta de instrucción o educación formal, se produjo u ocasionó precisamente porque contrajo matrimonio y tuvo consiguientemente que encargarse del cuidado de los hijos o de las labores del hogar común. Una persona entonces, que contrae matrimonio a los 28 años y luego tiene hijos, no tendría fundamento para demandar de compensación económica si sólo se apoya en el hecho que no pudo desarrollar su actividad debido a que sólo cursó hasta octavo básico. Distinto sería el caso si queda embarazada y se casa a los 16 años, por lo que no puede estudiar ya que tiene que cuidar a su hijo y encargarse de las labores del hogar común. Esta circunstancia de no poder desarrollar su trabajo en la medida de lo que podía, repercute en la posibilidad de obtener un mayor sueldo, un posible ascenso, en síntesis, mayor desarrollo personal.

A continuación, la ley agrega que ese trabajo no se pudo desarrollar en la medida de lo que podía "y quería", por lo que se hace necesario tener presente que todo lo anteriormente dicho se debe combinar en forma copulativa con el deseo de ese cónyuge de efectivamente desarrollar ese trabajo en mayor medida de lo que efectivamente hizo durante la vigencia del matrimonio. Es decir, que ese cónyuge debe además ambicionar, desear o pretender realizar su actividad

---

[75] **Ramón Domínguez Aguila.** *La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*. Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Página 86

[76] **Juan Andrés Orrego Acuña**. *La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VIII. Nº 8. Año 2004.

remunerada o lucrativa en mayor medida de lo que realmente lo hizo. Así, entonces, no basta sólo no haber podido desarrollar su actividad de mejor manera sino que también lo debe ambicionar.

Además, se debe tener presente, que es precisamente estos hechos, la falta de haber podido realizar una actividad lucrativa o remunerada o no hacerlo en la medida de lo que podía y quería, lo que constituye la causa del menoscabo económico que la ley exige para otorgar una compensación económica. Si esto lo asociamos a un tiempo extenso de la vida conyugal y a una edad mayor de ese cónyuge, entonces se presentará la situación de un ex –cónyuge sin posibilidades de insertarse al mercado laboral, porque durante toda su vida marital no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o no lo pudo hacer en la medida de lo que podía y quería, con la consiguiente actualización de conocimientos, experiencia y movilidad en dicho mercado laboral.

Importante es tener presente, que estas circunstancias, de no haber realizado una actividad remunerada o haberla realizado en menor medida de lo que podía y quería, se pueden mezclar y dentro de la vigencia de la relación matrimonial las situaciones pueden mutar. Por ejemplo, un matrimonio tiene una vida en común de 20 años, la mujer se dedicó al cuidado de los hijos y a la realización de las labores del hogar común, luego de ese lapso se separan y ella comienza a trabajar, sus hijos son aún menores de edad y se quedan junto a la madre. Luego de 10 años de separación ella decide solicitar el divorcio por cese de convivencia y además demanda de compensación económica. En este ejemplo, bastante común, vemos que en una primera etapa, la cónyuge no realizó actividad remunerada alguna, por lo que cae en la primera parte del requisito, pero luego se separa de cuerpos y comienza a trabajar, pero con dos circunstancias importantes: le pesa la falta de desarrollo laboral, lo que le causa un eminente perjuicio y además debe cuidar a sus hijos. En esta segunda etapa, vemos que se pasa a la segunda situación, durante la vigencia del matrimonio (pero separados) realiza una actividad remunerada pero en menor medida de lo que podía y quería. En ambos casos, el cónyuge cumple con los requisitos para solicitar una compensación económica pero la intensidad es distinta: la primera causa un mayor perjuicio que la segunda.

Frente a este ejemplo, analicemos otro, el mismo matrimonio con la vida en común de 20 años, deciden separarse, la madre se queda con los hijos, pero decide no trabajar y demanda a su marido de alimento mayores y menores, supongamos que él los paga y dicha cantidad de dinero les permite vivir de una manera acorde con su posición social, 10 años después de la separación decide demandar de divorcio por cese de la convivencia. En este caso el cónyuge cumple a cabalidad y durante toda la vigencia del matrimonio con el primer aspecto del requisito analizado.

Dos ejemplos distintos donde probablemente la decisión se verá alterada en uno y otro caso. En los dos ejemplos expuestos se cumplen con los requisitos analizados hasta el momento, sólo que en el primer caso este requisito muta a otro aspecto también considerado por la ley. Sin embargo, la compensación económica tiene por objeto evitar que se perpetúe el desequilibrio entre los cónyuges al momento de poner término al matrimonio y en ambos casos la dimensión de ese desequilibrio es distinta. En el primer caso hay desequilibrio, porque el desarrollo del cónyuge solicitante no es el mismo que el que tiene el demandado, pero en el segundo caso el desequilibrio

es mayor, debido a que el cónyuge no ha realizado labor alguna por 30 años, por lo que el perjuicio que le causa la falta de desarrollo es inmenso. En el primer caso, cuando se ponga término al matrimonio, el cónyuge solicitante contará con 10 años de trabajo, sólo que realizado en menor medida de lo que podía y quería. En ambos casos la compensación económica se otorgará, pues se cumple con los requisitos y existe un menoscabo económico debido a la falta de desarrollo personal. Pese a ello lo que probablemente variará será el monto de dicha compensación, porque en el primer caso, será necesario un monto menor que en el segundo debido a que el desequilibrio en este último es mayor. Con esto se puede concluir que aquel cónyuge que más se sacrificó durante la vigencia del matrimonio, primero en tanto la vida en común y luego durante la separación, en que tuvo a hacerse cargo de sus hijos y su manutención, se verá menos beneficiada con aquella que se sacrifico en menor grado, porque el desequilibrio es menor.

Algunas Situaciones que se pueden Presentar.

Frente a este requisito son varias las situaciones o preguntas que se pueden presentar, entre ellas las siguientes:

Primero. ¿Qué sucede en el caso en que uno de los cónyuges no pudo desarrollar su actividad remunerada en la medida de lo que quería y podía, no por tener que ocuparse del cuidado de los hijos o de realizar las labores del hogar común sino por una razón distinta? Según la forma en como esta redactada la ley, se debe concluir que frente a este caso no procedería conceder una compensación económica, puesto que la norma no da espacio para considerar otras situaciones, al contrario, es clara al momento de establecer que la falta de ese desarrollo es producto únicamente por el hecho de tener que encargarse de los hijos y de realizar las labores del hogar común.

Segundo. ¿Dentro de la situación de no poder desarrollar una actividad remunerada o lucrativa en la medida de lo que podía y quería, se encuentra la imposibilidad de obtener otro trabajo con mejores condiciones o remuneración? La imposibilidad de conseguir un trabajo distinto con mejores condiciones también debe ser considerado como base para solicitar una compensación económica, siempre que la causa que le impide lograr otro empleo sea precisamente la obligación que tiene de cuidar a sus hijos o de realizar las labores del hogar común, puesto que producto de esto no podría desarrollarse laboralmente en la medida de lo que podía y quería. Como ejemplo, se puede pensar en uno de los cónyuges a quien le ofrecen un trabajo mejor pero en un horario distinto, del cual no puede disponer porque en caso contrario sus hijos se quedaría solos en casa. Es importante tener presente, que es necesario demostrar en juicio la imposibilidad de haber obtenido en trabajo mejor, incluyendo una verificación cierta que existió una oferta a lo menos para cambiarse de labor. Una sentencia que va en ese sentido, es la pronunciada por la Ilustre Apelaciones de Arica, el seis de abril de 2006, la cual señala lo siguiente: "Que como se ve, la actora si bien hace presente que durante el matrimonio se dedicó al exclusivo cuidado de los hijos y se preocupó de la familia mientras estudiaba, no hace ninguna referencia a que tuvo su intención de trabajar o estudiar como tampoco las oportunidades que se le habrían presentado o podría haber tenido en tal sentido, ni a los ingresos que producto de su trabajo pudo

obtener, sino más bien, asila su pretensión en su futura precaria situación de atención de salud, lo que obliga a confirmar el fallo de primer grado"[77].

Tercero. ¿Qué sucede en el caso en que un cónyuge trabaja y además cuida a sus hijos o realiza las labores del hogar común, se debe presumir de inmediato que está trabajando en menor medida de lo que podía y quería? La manera correcta de presentarse esta situación es haciendo el siguiente ejercicio: quitarle a ese cónyuge la circunstancia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o de realizar las labores del hogar común y observar si aún así realizaría la misma labor. Como ejemplo, el siguiente: una secretaria, casada y con dos hijos, su horario es de 09:00 horas hasta las 18:00 horas, sus hijos entran al colegio a las 08:00 y salen a las 17:30 horas, ellos la esperan en el mismo colegio y ella los pasa a buscar a las 18:30 horas, llega a su casa y se encarga de realizar todas las tareas del hogar común incluyendo el preocuparse de sus dos hijos y de su marido. Este ejemplo, nos presenta a un cónyuge que pese a sus obligaciones caseras trabaja en un horario y bajo circunstancias laborales normales, ¿se haría acreedor de una compensación económica? Pese al esfuerzo que significa tener que vivir de esa manera, no se haría acreedora de la mencionada compensación, puesto que si eliminamos a los hijos y las labores del hogar común, lo más probable es que se desempeñe en la misma función y con el mismo sueldo, sólo que con un sacrificio menor. La situación que plantea la ley es más de un perjuicio que de un sacrificio, plantea una situación en que el cónyuge laboralmente hablando tendría un trabajo mejor para el caso en que no tuviera que cuidar a sus hijos o realizar las labores del hogar común. Mientras que en el caso que presentamos vemos a una persona que tiene un esfuerzo mayor, pero que no la ha perjudicado laboralmente, esfuerzo que realiza por circunstancias que son propias de su relación con su marido y que pudo aceptar por la razón que sea. El único matiz que este caso podría presentar sería en de demostrar que efectivamente esa situación le produjo algún perjuicio en su trabajo, el cual no la hizo rendir bien o producto de algunas situaciones de emergencia se debió ausentar, lo que a la larga le puede ocasionar mermas en su sueldo, es decir, producto de tal exigencia podría ese cónyuge enfermarse y no rendir como corresponde. Pero si esto no ocurre y es sólo un mayor sacrificio, entonces no se haría acreedor de una compensación económica.

Una Última Consideración.

Todos los presupuestos que acabo de analizar y que se denominan como "genéricos", operan de un modo causal, donde la falta de uno hace imposible imaginar la existencia del otro. Así, si una pareja contrae matrimonio y luego uno de ellos solicita el divorcio o la nulidad de dicho matrimonio y, en ese mismo juicio demuestra que durante el matrimonio se encargo del cuidado de los hijos y de las labores del hogar común y producto de ello no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o lo hizo, pero en menor medida de lo que podía y quería entonces se hará acreedor de una compensación económica, siempre que se produzca el consiguiente menoscabo económico, con lo cual aparece el último presupuesto genérico de esta institución y probablemente el más importante.

---

[77] **José Luís Zavala Ortiz y Carolina Montecinos Fabio.** *Jurisprudencia Divorcio*. Cese de Convivencia. Compensación Económica. Procedimientos. Edición Actualizada 2007. Editorial PuntoLex S.A. Santiago de Chile. Año 2007. Página 141.

5. El menoscabo económico.

Si se observan todos los requisitos expuestos anteriormente, veremos que no es suficiente su sólo cumplimiento, ya que es indispensable, que al momento en que uno de los cónyuges desee solicitar una compensación económica, se deba producir una específica consecuencia: un menoscabo económico. Tan relevante resulta esta consecuencia que su sola ausencia impediría que se otorgará una compensación económica, por lo que en un juicio de divorcio o de nulidad en que se efectúe una solicitud de compensación, sería obligatorio fijar dentro de los puntos de prueba la existencia del menoscabo económico. Con una opinión diversa, Carlos Pizarro Wilson señala que "en ciertos casos operará una presunción de menoscabo económico, por ejemplo, cuando se trate de un matrimonio de larga duración en que el cónyuge ha dedicado sus esfuerzos de manera exclusiva al hogar y a sus hijos"[78]. En una sentencia de la Ilustre Cortes de Apelaciones de Santiago, pareciera recogerse en algún grado dicha tesis, al señalar lo siguiente en uno de sus considerandos: "Que la sola comprobación del hecho anterior, es decir, que la demandante reconvencional, durante todo el tiempo señalado, no trabajó remuneradamente, como consecuencia de haberse dedicado completamente al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, permite presumir que se ha generado un menoscabo en su patrimonio, toda vez que las máximas de la experiencia indican que el trabajo doméstico no se traduce, por regla general, en la percepción de ingresos correlativos, en circunstancias que la demandante podría haber desarrollado, a lo menos, labores lucrativas similares a las que hoy día, con más edad y sin una capacitación especial, se encuentra desempeñando"[79]. Sin embargo, para otras sentencias, la falta de labor remunerada no es suficiente como para concluir que existe el menoscabo económico, ya que si el solicitante percibe y administra dinero por otras vías, adquiriendo incluso bienes, se debe estimar que no tiene la posición de cónyuge más débil y que el impedimento de realizar labor remunerada no fue tal, a saber: "Tercero: Que el examen de los antecedentes y circunstancias reseñados en el motivo primero que antecede, muestran, que si bien es cierto la demandada señora xxx xxx se ha dedicado al cuidado de los hijos durante el matrimonio, como lo ha reconocido expresamente el actor al responder la absolución Nº 2 del pliego de fojas 114, y que ello pudo obstar a que desarrollara una actividad remunerada o lucrativa, no es menos cierto que durante la convivencia ella ha percibido y administrado la pensión alimenticia proporcionada por su cónyuge, en favor de los hijos, y que además adquirió un sitio en el loteo de la plaza Independencia de Calama, que pagó de contado, el que no ocupa, toda vez que reside y tiene su domicilio en la propiedad ubicada en la calle xxx xxx, Calama, adquirida por su cónyuge, inmuebles ambos que componen el haber de la sociedad conyugal existente entre las partes, de conformidad con los artículos 1725 y siguientes del Código Civil. Cuarto: Que, en este panorama, la demandada no aparece en la posición de cónyuge más débil, pues basta para ello tener en cuenta que de alguna manera se procuró fondos para adquirir

---

[78] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 20.

[79] **Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.** Número de Rol: 676-2006. Fecha: 26 de enero de 2007. Redactada por la abogada integrante señora Andrea Muñoz.

el referido sitio, lo que indica que no estuvo absolutamente impedida para obtenerlos, no concurriendo, en consecuencia, los supuestos que exige el artículo 61 de la Ley 19.947,como factores que configuran el menoscabo económico y dan vida a la compensación de la misma naturaleza, apreciaciones que valoradas de acuerdo a los principios de la sana crítica conducen indefectiblemente a rechazar la demanda reconvencional de compensación económica deducida por al señora xxx xxx"[80].

Pese a su importancia en esta institución, la Ley de Matrimonio Civil, no entregó una definición de el, sino que sólo estableció algunos criterios necesarios para determinar su existencia y su monto, por lo que uno se debe preguntar de inmediato que es lo que se entiende por menoscabo económico. La sola palabra menoscabo quiere decir acción y efecto de menoscabar y, menoscabar quiere decir perjudicar, dañar a alguien, por lo que el primer acercamiento que podemos hacer a la expresión menoscabo económico es el de "un perjuicio o daño de tipo pecuniario que se le causa a una persona", en este caso específico sabemos que ese perjuicio se le provoca a uno de los cónyuges. Sin embargo, para acercarse a su contenido, importante será determinar cual es su causa.

Cuando la ley se refiere al menoscabo económico, lo hace de la siguiente forma: *"se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa"*, ¿Por qué causa?, ¿Por qué se declaró la nulidad o se produjo el divorcio? o ¿por que el cónyuge no realizó actividad remunerada alguna o no lo hizo en la medida de lo que podía y quería?

Si pensamos que la expresión "*por esta causa"*, dice relación con el divorcio o con la declaración de nulidad, podemos pensar que el menoscabo económico está dado directamente porque el cónyuge solicitante pierde en ese momento el estatuto protector del matrimonio, con lo que no puede lograr ser autosuficiente en esta nueva etapa de su vida. Los cónyuges al momento de contraer matrimonio lo hacen para toda la vida, pues el matrimonio sigue siendo indisoluble, pues el artículo 102 del Código Civil no se ha modificado, por lo tanto, los cónyuges se desempeñan dentro de la comunidad de vida que significa el matrimonio, de acuerdo a como quieren que sea, es decir, son soberanos para realizar las tareas o actividades que se propongan. En virtud de ello, no tienen porque durante el matrimonio pensar en cual es la situación en la que quedarían en el caso que dicha relación terminara. Para el cónyuge que no realizó actividad remunerada o no lo hizo en la medida de lo que podía y quería, el menoscabo económico no se produce por esa causa, ya que dicha decisión fue tomada en beneficio de la comunidad de vida y no pensando en el futuro, por lo tanto, la causa por la cual sufre este menoscabo es debido a que se produce el divorcio o se declara la nulidad, en ese momento la protección del matrimonio cesa y ese cónyuge no queda en posición de poder tener una independencia económica.

Los supuestos del artículo 61, no son la causa directa del menoscabo económico, sino que son la causa del desequilibrio económico, el cual es un requisito de la esencia de esta institución, de no existir un desequilibrio entre los cónyuges al momento de poner término al matrimonio, la compensación no procede.

---

[80] **Ilustre Corte de Apelaciones de Antofagasta.** Rol Número: 1.016-2006. Fecha: 06 de diciembre de 2006. Redactada por el abogado integrante señor Alfonso Leppes Navarrete. Publicada en el sitio http://iurischile.com Visitado el 20 de febrero de 2007.

El divorcio o la declaración de nulidad hacen perder el estatuto protector del matrimonio, el cual opera con independencia del hecho de si se encuentran separados o no. La pérdida de esa protección produce en ese cónyuge más débil un perjuicio económico, que se traduce en el hecho de que quien proveía al hogar común lo necesario para la subsistencia ya no lo hará más, debido a que no tiene ninguna obligación a hacerlo. La compensación económica lo que intenta reparar es el desequilibrio económico y, este desequilibrio no es más que la falta de suficiencia de parte del cónyuge más débil para enfrentar su vida futura, es decir, una vida en que ya no tiene un cónyuge que le proporciona los ingresos necesarios para su sustento.

La falta de suficiencia de uno de los cónyuges se da precisamente porque no trabajó o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, mientras que el otro cónyuge es autosuficiente debido a que mientras duró el matrimonio trabajó sin ocuparse del cuidado de los hijos o de las labores del hogar común, por lo que alcanza un grado de suficiencia acorde con sus capacidades y con su esfuerzo personal. Como se aprecia, para ese cónyuge que se sacrifico por la familia se le provoca un empobrecimiento, ya que no pudo desarrollarse de la misma manera que si hubiese compartido con su cónyuge ese sacrificio, ese empobrecimiento repercute al momento de poner término al matrimonio ya que ambos se encuentran en un desequilibrio que la compensación intenta solucionar.

Por el otro lado, existe un cónyuge que obtiene un enriquecimiento, en sentido de haber experimentado un mayor desarrollo personal, el cual sería menor si hubiese colaborado con las obligaciones propias del matrimonio. Ese mayor desarrollo implica que al momento de poner término al matrimonio la balanza estará inclinada a su favor, pues contara no sólo con un trabajo estable, sino que también con experiencia laboral y una previsión social que le asistirá a futuro.

Así entonces, si esa es su finalidad (reparar el desequilibrio), se "hará 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"[81]. Las circunstancias a que se refiere Vidal, son las del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, por lo que hay que entender que ese desequilibrio, que se debe producir en el futuro, luego de la terminación del matrimonio, debe ser predecible, es decir, debe ser de toda lógica, el cónyuge más débil frente a cualquier persona de sano juicio tendría que tener problemas para iniciar su nueva vida en forma autónoma.

La compensación económica bajo las palabras del mismo Álvaro Vidal, tendría un efecto *postmatrimonial*, puesto que tiene como única finalidad el reparar el desequilibrio, asegurando al cónyuge más débil el inicio de una nueva vida de forma autosuficiente. Por lo anteriormente dicho, este sería un caso especial, dado que la regla general estaría presentada por la igualdad de los ex – cónyuges para iniciar esta nueva vida con lo necesario para su sustento.

Bajo esta visión el juez mira las circunstancias que se dieron durante el matrimonio: cuidar a los hijos o realizar las labores del hogar común, esta situación debe producir la imposibilidad de

---

[81] **Álvaro Vidal Olivares**. *La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil***.** Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Editorial Jurídica de Chile. Segundo Semestre del año 2006. Página 258.

ese cónyuge de trabajar o lo realiza en menor medida de lo que podía y quería; luego el juez debe observar el presente, es decir las condiciones en que se encuentran los cónyuges y por último mirar hacia el futuro, de acuerdo al curso normal que las cosas tienen.

Por esto se concluye, que si en el momento de solicitar una compensación económica el juez no se forma convencimiento acerca de un desequilibrio económico entre los cónyuges en el futuro, aún cuando cumpla los requisitos genéricos del artículo 61 y, siempre apoyado por las circunstancias presentes que viven los cónyuges, no deberá dar lugar a dicha compensación por falta de menoscabo económico.

Considerando entonces esta teoría debemos conceptuar el menoscabo económico, como **"aquel desequilibrio de tipo económico, que se traduce en la falta de suficiencia del cónyuge más débil para poder sostenerse por si mismo una vez terminado el matrimonio, debido a que pierde el estatuto protector del mismo una vez que se produce el divorcio o se declara la nulidad".**

En cambio, distinto es el análisis que se puede hacer si se piensa que la causa por la cual se provoca el menoscabo económico es el no haber realizado actividad remunerada alguna o no hacerlo en la medida de lo que podía y quería[82]. El supuesto del artículo 61 provoca en los cónyuges un desequilibrio económico que es necesario compensar, este desequilibrio, como ya se dijo, resulta esencial para que dicha compensación opere. El sacrificio que uno de los cónyuges realizó en pos de la familia, ocasiona que éste tenga dificultades para desarrollarse laboralmente, es decir no puede trabajar o no puede hacerlo en la medida de lo que podía y quería, lo que le provoca un menoscabo económico que debe ser compensado.

El estatuto protector del matrimonio opera no sólo para el cónyuge más débil, sino que también para el otro cónyuge, por lo que cuando termina el matrimonio por divorcio o declaración de nulidad ambos pierden ese estatuto protector. Por ello no se puede dar como causa del menoscabo económico de uno de ellos la perdida del estatuto protector del matrimonio, ya que son ambos los que se perjudican con su pérdida.

El menoscabo económico, tampoco dice relación con la falta de suficiencia del cónyuge más débil para iniciar una nueva vida en solitario, ya que puede ser posible, que el cónyuge al momento en que se pone término al matrimonio sea autosuficiente, pensemos en el caso en que el cónyuge más débil se separa para configurar la causal de cese de la convivencia y en ese periodo logra un trabajo estable o pensemos en el cónyuge que trabajo durante el matrimonio, en menor medida por el sacrificio, pero igualmente logró una previsión social aceptable para su futuro, estos casos son igualmente compensables en nuestros tribunales.

La compensación económica dice relación con un aspecto distinto, si se observa el título sexto, del Libro Primero del Código Civil, relativo a las obligaciones y derechos entre los cónyuges,

---

[82] "Es condición esencial el que el cónyuge demandante de compensación económica haya sufrido un menoscabo económico a consecuencia de no haberse dedicado a una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Este menoscabo existe, ya sea, en lo que el cónyuge dejó de percibir o ganar por esa actividad remunerada o lucrativa; o por no haberse preparado y/o desarrollado profesionalmente para acrecentar sus posibilidades de acceso al mercado laboral". **Juzgado de Familia de Viña del Mar.** Causa RIT: C-1381-2006. RUC: 06-2-0098220-5. Fecha: 14 de mayo de 2007. Dictada por doña por doña Paula Pilar Navarro Arteaga, Juez de Familia de Viña del Mar.

se aprecia que todos ellos son vinculantes para ambos cónyuges y en ningún caso se observa una obligación que opere sólo para uno de ellos, salvo lo relativos al marido que administra la sociedad conyugal[83], por lo que se puede presumir que nuestra legislación en cuanto a las obligaciones de los cónyuges practica en general un régimen de igualdad.

Sin embargo, la aplicación del supuesto que nos propone el artículo 61 rompe el criterio de igualdad que impera en nuestra legislación, pues uno de los cónyuges se sacrifica en una obligación respecto de la cual el otro cónyuge en nada colabora. Uno de los cónyuges sin la ayuda del otro cuida a los hijos y/o realiza las labores del hogar común, producto de ellos no trabaja o trabaja esforzándose aún más, pero no el medida de lo que podía y quería, mientras que el otro sólo se encarga de trabajar sin ocuparse de los hijos o de las labores del hogar común. Nuestro sistema de compensación económica, esta hecho para siempre ir comparando la situación de ambos cónyuges, por ello el menoscabo económico que sufre el cónyuge más débil esta dado, porque en comparación con el otro, realiza un sacrificio que le ocasiona un perjuicio de tipo pecuniario, no gana dinero o no lo hace en su justa medida, debido a que su cónyuge no lo ayuda en el cumplimiento de una obligación que también le pertenece.

Por todo lo expuesto, es que la compensación económica debe indemnizar, a través de una suma de dinero o de bienes valuables en dinero el sacrificio efectuado durante el matrimonio, el que se debe valorar, ya que como no pudo trabajar o no lo hizo en la medida de lo que podía y quería le ocasionó un menoscabo económico.

Así, nos encontramos con una definición distinta de lo que se debe entender por perjuicio económico: **"Es aquel perjuicio valorable en dinero, que sufre el cónyuge más débil, durante el matrimonio, debido a no poder realizar una actividad lucrativa o no hacerlo en la medida de lo que podía y quería, por causa del sacrificio que llevó a cabo en pos de la familia".**

Por último, una posición distinta y poco apoyada, es la relativa al la valoración del trabajo doméstico, pero a la que bien vale la pena hacer una somera referencia: el tenor es distinto al anterior y se refiere a que durante el matrimonio uno de los cónyuges se sacrifico en pos el hogar y de los hijos y como consecuencia tuvo una falta de desarrollo personal, lo que repercute una vez que termina el matrimonio en un desequilibrio que le impide desenvolverse por sí mismo.

En este caso, el cónyuge que se sacrificó, realizó una labor determinada, lo que probablemente se decidió en conjunto o debido a especiales circunstancias y, lo excepcional sería una situación obligada. Así, sería un error pensar en lo que dejó de ganar producto del esfuerzo que realizó sino que la mirada debe dirigirse en un sentido distinto y valorar lo que efectivamente se realizó. Ese cónyuge, que se sacrificó por la familia realizó un trabajo palpable que permitió al otro cónyuge trabajar en tranquilidad y cimentar una situación laboral que de otra manera no tendría, sin embargo, por ese trabajo no recibió ningún beneficio. Para esta tesis la solución sería valorar ese trabajo que ayudó al otro cónyuge y obligarlo a su pago.

---

[83] Situación que puede pronto cambiar, en virtud de un proyecto de ley que se encuentra en el parlamento y que dice relación con la modificación de esta normativa, para que se permita indistintamente a cualquiera de los cónyuges administrar la sociedad conyugal.

Sin embargo, la misma solución es el problema, pues como se valora un trabajo relativo a la familia, que dura 24 horas al día, que no tiene vacaciones y no cuenta con previsión social. No existe ningún parámetro de comparación pues en esas condiciones la mayoría no realizaría ese trabajo.

Análisis de los requisitos que se consideran en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil

El artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, señala algunas de las circunstancias que el juez debe tomar en cuenta para determinar la existencia del menoscabo económico y su monto. Sin embargo, el catálogo de circunstancias que establece tiene una importante característica: no es taxativo. El carácter no taxativo está determinado por la palabra "especialmente", es decir, el juez debe tener en consideración fundamentalmente el catálogo que nos ofrece la ley, pero eso no quiere decir que no puede tener en cuenta otros factores, los que se ofrecerán en su oportunidad. Existen opiniones que consideran que la redacción de este artículo no resulta clara y que "no ha sido afortunada, porque los criterios que ofrece tienen dispares propósitos y ello ayuda a introducir una confusión impropia en la institución"[84], lo cual además "no parece ser una buena técnica jurídica, ya que puede además llevarnos al arbitrio judicial. Circunstancias que para un juez pueden ser irrelevantes para otro pueden ser acreedoras de una especial consideración"[85].

Objetivo y Ámbito de Aplicación

Las circunstancias que establece el artículo 62, tienen un objetivo doble: determinar la existencia del menoscabo económico y el monto de la compensación económica. Es decir, todas estas circunstancias (y otras que podrían ser consideradas por el juez) tienen por objeto, en primer lugar definir o fijar con precisión, la existencia o presencia del menoscabo económico que se produce en el cónyuge solicitante una vez cumplido el supuesto del artículo 61. Con esto inmediatamente se deduce, que el sólo supuesto del artículo 61, no es suficiente como para hacer merecedor de una compensación a uno de los cónyuges, sino que es necesario que se produzca un menoscabo económico, cuya existencia se comprobará de acuerdo a las circunstancias del artículo 62. Esta tarea del artículo 62, es criticada por Rubén Celis, ya que considera que "se desconoce el principio básico de que el daño, para ser reparable, debe ser cierto y no el resultante de simples conjeturas"[86].

Un aspecto interesante también de precisar, es el relativo a la aplicación de estas circunstancias. En muchos de los casos, la misma ley señala que se aplicaran a ambos cónyuges o

---

[84] **Ramón Domínguez Aguila.** *La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*. Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Página 90.
[85] **Rubén Celis Rodríguez.** *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Página 129.
[86] **Rubén Celis Rodríguez.** *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Página 129.

sólo a uno de ellos, pero en otros casos el legislador guarda silencio. La reglas general en esta materia, es que las circunstancias se deben aplicar sólo al solicitante, ya que es el quien ha cumplido con el supuesto del artículo 61 y en quien se ha provocado el menoscabo económico que se intenta acreditar mediante estas circunstancias. Por ello, sólo se debe admitir como excepción aquellos casos en que expresamente el legislador indica que deben ser aplicados a ambos cónyuges, como por ejemplo, cuando habla de la "situación patrimonial de los cónyuges". En aquellos casos en que el legislador ha manifestado que se debe aplicar sólo al beneficiario, incurre en una redundancia.

A continuación analizaré las circunstancias previstas en el artículo 62[87], intentando develar su contenido de una manera objetiva, para finalmente apreciarlas en su conjunto.

1. La Duración del Matrimonio y de la Vida en Común de los Cónyuges.

Esta circunstancia comprende dos aspectos, bastante relacionados entre si, a saber los siguientes:

a) La Duración del Matrimonio. El periodo de tiempo que considera esta circunstancia, es desde que se contrajeron las nupcias hasta que se pone término al matrimonio, ya sea por divorcio o por declaración de nulidad.

Sin embargo, esta circunstancia poco importa, ya que no tiene un contenido patrimonial en si misma, en nada revela el sacrificio de un cónyuge en pos de la familia y además será un factor que será considerado independientemente en el juicio para obtener el divorcio o la declaración de nulidad.

Para Carlos Pizarro, esta circunstancia será útil para descartar la compensación en matrimonios anulados u objeto de divorcio con escaso tiempo desde su celebración"[88] y; para Juan Orrego Acuña, "a mayor duración del matrimonio (...), mayores posibilidades de obtener la compensación económica; en cambio si el matrimonio hubiera durado corto tiempo (...), es probable que el juez la deniegue o fije un monto modesto"[89].

b) La Vida en Común de los Cónyuges. Este es el periodo en el cual la pareja se mantiene unida, en otras palabras, la separación de cuerpos no ha operado y el matrimonio se mantiene como una comunidad de vida. No obstante, la primera pregunta que nace al observar esta circunstancia es ¿Por qué motivo la ley la contempla si la primera inevitablemente la absorbe? Dos respuestas puedo ofrecer:

---

[87] El Senado, en una moción de modificación a la actual Ley de Matrimonio Civil, propone agregar una nueva circunstancia: "Al artículo 62, intercálese a continuación de las palabras "buena o mala fe" entre punto y coma, la siguiente frase: "el incumplimiento de las obligaciones alimentarias". El fundamento de esta modificación se encuentra en que el incumplimiento de las obligaciones alimentarias no sólo constituyen una falta al deber de socorro propio del matrimonio sino que además debe considerarse como una sanción al momento de determinarse la cuantía de la compensación. **Senado de la República de Chile.** *Moción que modifica la Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947 y de Tribunales de Familia Nº 19.968 con el propósito de facilitar el divorcio de común acuerdo y otros aspectos procedimentales.* Boletín Nº 4985-07 de 12 de septiembre de 2007. Extraído de sitio www.senado.cl Visitado el 20 de octubre de 2007.

[88] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 24.

[89] **Juan Andrés Orrego Acuña.** *La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Tarrae. Año VIII. Número 8. Año 2004. Santiago de Chile.

Primero. Para Susan Turner, hablar de la vida en común de los cónyuges es "aquel comprendido entre el inicio de la convivencia prematrimonial y la separación de hecho o judicial de los cónyuges"[90]. Por lo que esta circunstancia relativa a la vida en común de los cónyuges sólo será aplicable para aquellos casos en los que existió una convivencia prematrimonial, que haya durado largo tiempo y seguida de un matrimonio de poca continuación. Con esto se haría justicia considerando la situación de convivencia anterior al matrimonio, que sería en el caso presentado la que habría causado el perjuicio, dejando de lado aquel periodo de matrimonio debido a que tuvo un corto lapso.

Sin embargo, esta teoría se basa en una apreciación que no es correcta, ya que dentro de esta circunstancia no se comprende el momento anterior en el cual la pareja pudo haber convivido antes del matrimonio, esto porque expresamente se refiere a la vida en común de "los cónyuges". Turner, basa esta posición en la doctrina española, la cual entiende una similar circunstancia en sentido amplio, incluso contra su tenor literal.

Esta interpretación tiene por objeto lograr que el juez tenga en consideración aquel periodo anterior al matrimonio al momento de otorgar una compensación económica, puesto que la ausencia de tal periodo provocaría casos de injusticia, ya que durante la convivencia se cumplirían todos los requisitos de la compensación, pero no se tomarían en cuenta porque no están casados. Sin perjuicio de ello, la ley permite al juez apreciar el periodo anterior al matrimonio, porque hay que tener en cuenta que el artículo 62 no es taxativo, por lo que caben en la lista circunstancias no previstas en la ley, entre las cuales una de las más fuertes resultaría ser el lapso de vida en común anterior al matrimonio.

Segundo. Otra respuesta es la siguiente: la circunstancia de la vida en común de los cónyuges es necesario apreciarla para determinar la configuración de la causal del artículo 61, relativa a la realización de las labores del hogar común. Esto porque lo lógico, para estos efectos, es considerar que el hogar común existe en la medida que los cónyuges viven juntos y ambos se ven beneficiados de la existencia de dicho hogar. Una vez que opera la separación de cuerpos el hogar común deja de existir, por lo que en la mayoría de los casos dichas tareas tendrán fecha de inicio y de término.

2. La Situación Patrimonial de los Cónyuges.

Esta circunstancia originalmente fue establecida bajo el nombre de "fuerzas patrimoniales", sin embargo, en la indicación número 180, la comisión decidió modificarla en el sentido que la conocemos actualmente.

Está claro, según el tenor literal de la ley, que esta circunstancia dice relación con ambos cónyuges y tiene por objeto determinar cuales son las condiciones económicas que tienen al momento de ponerse término al matrimonio[91]. Como una crítica a esta apreciación Carlos Pizarro

---

[90] **Susan Turner Saelzer**. *Las Circunstancias del Artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Artículo Publicado en el Libro Estudios de Derecho Civil. "Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil". Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coordinadores Juan Andrés Varas Braun y Susan Turner Saelzer. Editorial Lexis Nexis. Valdivia. Año 2005. Página 493.

[91] En la moción del Senado, que intenta, modificar algunos aspectos de la actual Ley de Matrimonio Civil, se encuentra la de "Ampliar las facultades investigativas del Juez para determinar las facultades económicas de las

considera que "la situación patrimonial del cónyuge deudor no debiera incidir en el monto de la compensación, ya que esta debería fijarse en base al menoscabo económico padecido y la situación futura del cónyuge beneficiario"[92].

Esta circunstancia, tal como lo expresa la ley, dice relación con ambos cónyuges, por lo que el juez debe tener en cuenta la situación económica de cada uno de ellos, a fin de compararlas entre si. Esta situación económica comprende diversos rubros, como la situación en cuanto a bienes raíces y muebles o los ingresos producto de su trabajo o jubilación, también se deben considerar pensiones asistenciales, es decir, todo aquello que tenga una significación económica en la vida de los cónyuges.

Sin embargo, al momento de ponerse fin al matrimonio hay lugar a una consecuencia importante: finaliza el régimen patrimonial del cual goza el matrimonio y, dependiendo del que se trate, sus efectos serán distintos. Estos efectos influirán de todas formas en la situación patrimonial de los cónyuges al momento en que se ponga término al matrimonio. Por ello es necesario comenzar este tema con el influjo que los regimenes patrimoniales tienen al momento de terminar el matrimonio. Sin embargo, para algunos autores, como Carlos Pizarro Wilson, los regimenes matrimoniales no deben involucrarse con la compensación económica, porque esta "procede con independencia del régimen vigente en el matrimonio. No se trata de compartir el haber común del matrimonio, sino de compensar aquello que no pudo ingresar al patrimonio del beneficiario por haberse consagrado al cuidado del hogar y de los hijos, de manera tal que hacia el futuro no se vea desmedrada su situación económica"[93].

En nuestro ordenamiento jurídico existen tres regimenes patrimoniales distintos que pueden ser elegidos por los cónyuges, estos son: la sociedad conyugal, la separación total de bienes y el régimen de participación en los gananciales.

- **La separación de bienes**, este régimen de bienes se caracteriza por el hecho que cada uno de los cónyuges es dueño de los bienes que se adquieran a cualquier título. El artículo 152 del Código Civil señala que "separación de bienes es la que se efectúa sin separación judicial, en virtud de decreto del tribunal competente, por disposición de la ley o por convención de las partes". Así, cada uno de ellos, administra sus bienes en forma soberana y a su antojo. Dicho de manera negativa, cuando un matrimonio tiene este régimen de bienes no existe comunidad de bienes ni administrador de dichos bienes, "en verdad en la separación de bienes no hay propiamente un

---

partes". La modificación, encuentra su explicación en que "la práctica muestra serias dificultades en el caso del demandante, quien se encuentra en la obligación de acreditar la capacidad económica del cónyuge demandado, aspecto que resulta en extremo difícil, vulnerándose el derecho de acceso a la justicia de los cónyuges más débiles, quienes muchas veces no conocen el patrimonio familiar acumulado". Por lo tanto, "al inciso primero del artículo 64, agréguese a continuación del punto final la siguiente oración: "Para estos efectos, el juez deberá decretar las diligencias necesarias para formar su convicción respecto a la capacidad económica de los cónyuges". **Senado de la República de Chile.** *Moción que modifica la Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947 y de Tribunales de Familia Nº 19.968 con el propósito de facilitar el divorcio de común acuerdo y otros aspectos procedimentales.* Boletín Nº 4985-07 de 12 de septiembre de 2007. Extraído de sitio www.senado.cl Visitado el 20 de octubre de 2007.

[92] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 25.

[93] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 21.

régimen de bienes entre los cónyuges, ya que hay ausencia de el"[94]. Como corolario, el artículo 159 del Código Civil, señala "Los cónyuges separados de bienes administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante éste, a cualquier título".

En cuanto a la extensión de la separación de bienes, esta puede ser total o parcial. Y en cuanto a su origen puede ser judicial, legal o convencional. Por esto, para entrar al tema de la compensación económica, haré la siguiente distinción:

a) **Separación Total de Bienes.** Este tipo de separación se da en sus tres orígenes y coincide plenamente con lo expresado en un comienzo, es decir, cada uno de los cónyuges es dueño de sus bienes y los puede administrar a su capricho, sin la necesidad de autorización del otro.

En este caso la situación no es compleja, ya que al momento en que se pone término al matrimonio la situación patrimonial de cada cónyuge estará dada por los bienes que tenga en su patrimonio y por los ingresos derivados de su situación laboral.

Para algunos autores, este es el régimen que mejor se lleva con la compensación económica ya que con el, la situación económica individual que el cónyuge tuvo durante el matrimonio se extenderá hasta luego de su terminación, puesto que no existen vienes comunes que sea necesario repartir. Bajo este régimen, es donde efectivamente se puede manifestar un desequilibrio económico que es necesario subsanar.

b) **Separación Parcial de Bienes.** Este tipo de separación procede solo en los casos en que su origen es legal o convencional. El caso de la separación parcial legal, procede al tenor de los artículos 166 y 150 del Código Civil. En el caso de la separación convencional, la separación parcial procede en el caso de capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio. Como se aprecia, este tipo de separación de bienes, tiene como característica el que los cónyuges son soberanos sólo respecto de algunos bienes, como por ejemplo, los bienes heredados, donados o los que determine la capitulación matrimonial. Esta situación propone una dificultad mayor al momento de referirla a la compensación económica, ya que para determinar efectivamente la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges se deberá esperar hasta el momento de la liquidación de la sociedad conyugal. La compensación económica en este caso de una solución bastante efectiva a un problema común ya que, "se elimina el inconveniente más grave del régimen de separación, en el cual en ocasiones la mujer, por estar impedida de producir por sus afanes domésticos, pierde todas expectativas en participar en las utilidades obtenidas por el marido, las que no pocas veces la mujer contribuyo a formar"[95].

• **La Participación en los Gananciales.** En cuanto al funcionamiento de este régimen, la similitud a la separación de bienes es innegable, ya que cada uno de los cónyuges es dueño de sus bienes y su administración es soberana. La única limitante "son las que provienen de la existencia

---

[94] **Carlos López Díaz.** *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo 1. Cuarta Edición Actualizada. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. Año 2007. Página 533.
[95] **Juan Andrés Orrego.** *Temas de Derecho de Familia*. Editorial Metropolitana. Santiago de Chile. Año 2007. Página 374.

de bienes declarados familiares y de la limitación para otorgar cauciones personales"[96]. Por lo tanto, cada uno de los cónyuges obtiene, durante la vigencia del matrimonio, sus propios gananciales. Este sistema, sin embargo, se diferencia de la separación de bienes, ya que al momento en el que se pone término, los gananciales obtenidos por cada cónyuge se compensan y el excedente se divide por la mitad y se reparte entre los cónyuges, por ejemplo, si un cónyuge obtuvo 70 como gananciales y el otro obtuvo 30, se produce un excedente de 40, el cual se divide y se reparte entre los cónyuges, en este caso, 20 para cada uno. Como se deduce este régimen resulta más atractivo y justo para aquellas parejas en que ambos trabajan y obtienen gananciales, por lo que la aplicación de la compensación económica se ve reducida, ya que el supuesto del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil no se cumpliría en su hipótesis más fuerte. Esto no impide que este régimen se pacte por parejas en que sólo uno de ellos realice una actividad remunerada y el otro se encargue del hogar común y de los hijos. Para Juan Orrego, este régimen "en la práctica coloca en peor situación al cónyuge que trabaja, produce y ahorra, frente al que consume, mal o bien, el producto de su actividad.(...) Puede constituir, por ende, un seguro a favor de la desidia y de la imprevisión"[97].

En este caso, la compensación económica no debería ser aplicada por el juez, ya que la situación patrimonial de los cónyuges ya se encuentra compensada, ya que el excedente de los gananciales ha sido repartido en mitades exactas entre los cónyuges. Basta pensar en lo siguiente, para que a uno de los cónyuges, se le beneficie con una compensación económica, es necesario que cumpla con los supuestos del artículo 61, por lo que ese cónyuge no debe haber trabajado o debe hacerlo en menor medida de lo que podía y quería. Si ese cónyuge no ha trabajado igualmente se verá beneficiado con los gananciales que ha obtenido su pareja. De hecho esta es la situación en que mayor beneficio puede obtener uno de los cónyuges que se encuentra casado bajo este régimen, puesto que no habrá nada que compensar y el total de lo obtenido, será lo que se dividirá entre ambos. En este caso, se observa a uno de los cónyuges que se verá perjudicado en cuanto a la repartición de los gananciales y que además tendría que pagar una compensación económica a ese cónyuge beneficiado.

- **El Régimen de Sociedad Conyugal.** Se puede decir que es "la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio a falta de pacto en contrario"[98]. Este tipo de régimen comienza en el momento en que principia el matrimonio y concluye exactamente en los casos que establece el artículo 1764 del Código Civil. Los patrimonios que componen la sociedad conyugal son tres: el patrimonio común o social, el patrimonio propio del marido y el patrimonio propio de la mujer. Todos estos patrimonios, a su vez tienen un activo y un pasivo. Como se sabe en cuanto a su administración, esta le corresponde al marido y respecto de terceros, los bienes sociales se confunden con los del marido.

---

[96] **Juan Andrés Orrego.** *Temas de Derecho de Familia*. Editorial Metropolitana. Santiago de Chile. Año 2007. Página 378 y 379.
[97] **Juan Andrés Orrego.** *Temas de Derecho de Familia*. Editorial Metropolitana. Santiago de Chile. Año 2007. Página 374
[98] **Hernán Troncoso Larrondo.** *Derecho de Familia*. Editorial Lexis Nexis. Fondo de Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Novena Edición. Santiago de Chile. Página 139.

El divorcio o la nulidad ponen término a la sociedad conyugal. Ya disuelta esta sociedad, cada uno de los cónyuges comienza a retirar los bienes que según la ley les pertenecen y que no han ingresado a la haber común de la sociedad conyugal. El residuo que queda son los denominados gananciales, los cuales deben ser repartidos entre marido y mujer en porciones iguales, es decir, el 50% para cada uno, salvo que la mujer renuncie a su porción de gananciales[99]. Si la mujer acepta los gananciales surge una comunidad de bienes entre el marido y la mujer y se deberá proceder a liquidar la sociedad conyugal. Si la mujer renuncia a los gananciales, entonces no procede efectuar liquidación alguna, ya que los bienes sociales se confunden con los del marido, incluso para la mujer.

Para que proceda la compensación económica, se hace necesario tener en cuenta la situación patrimonial de los cónyuges, lo cual ayudará en parte a determinar la existencia del menoscabo económico. Por lo que si los cónyuges se encuentran casados bajo el régimen de sociedad conyugal, resulta esencial considerar cual es la situación patrimonial en que quedaran luego de la liquidación de dicha sociedad.

Se debe tener presente, sin embargo, que para tener en consideración la liquidación de la sociedad conyugal al momento de determinar la existencia del menoscabo económico o el monto de la compensación los cónyuges deben tener bienes, ya que de otra manera esta circunstancia en análisis no tiene sentido.

Sin embargo, el problema que se presenta no es menor, porque la al momento en que se produce el término del matrimonio termina la sociedad conyugal, pero la liquidación de la misma, para el caso en que la mujer acepte los gananciales, tendrá lugar con posterioridad al otorgamiento o denegamiento de la compensación. En otras palabras, el juez que determine la procedencia y el monto de la compensación no tendrá conocimiento de cual es el resultado de la liquidación de la sociedad.

Para ello el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, autoriza al juez para liquidar la sociedad conyugal en el mismo juicio de divorcio o de nulidad, siempre que los cónyuges se encuentren de acuerdo en cuanto al tenor de dicha liquidación[100]. Sin embargo, la ley establece esta posibilidad sólo como una facultad del juez y no modificó el encabezado del artículo 227 del mismo cuerpo legal, el que señala que la liquidación de la sociedad conyugal debe ser efectuada por un juez árbitro. Situación que además vulnera el artículo 1323 del Código Civil, el cual señala que "sólo pueden ser partidores los abogados habilitados para ejercer la profesión". En este sentido, Rubén Celis señala lo siguiente: "Y lo que a mi modo de ver resulta más grave es que vulnera el artículo 73 de la Constitución Política de la República de Chile, que proclamó que "la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado,

---

[99] "La compensación económica, a mi modo de ver, no debe pagársele a la mujer que tuvo patrimonio reservado y renuncio a los gananciales. Esa decisión revela que la administración de su patrimonio reservado fue más exitosa que la que tuvo el marido con los bienes de la sociedad conyugal.

Como ante esta renuncia el marido debe asumir el pago de las deudas sociales, y estas pueden ser de un monto elevado, pasaría el marido a convertirse en el cónyuge más débil". **Rubén Celis Rodríguez.** *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Página 133.

[100] "Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de separación judicial que hubo entre los cónyuges". Artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales.

pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley". En otras palabras, el juez esta llamado a resolver una contienda, un conflicto jurídico, calidad que no tiene la liquidación de un régimen patrimonial del matrimonio"[101]. Como se aprecia la solución no tomo la fuerza necesaria, sin perjuicio de no olvidar que sólo procede para el caso de común acuerdo, situación no común para los casos en que exista demanda de compensación económica.

Frente a este contexto el juez debe realizar un cálculo imaginario y aproximado, con la información que le han otorgado las partes, de cual será el resultado de la liquidación de la sociedad conyugal, a fin de poder llegar a una solución más justa del caso que trata. En un sentido similar, Carlos Pizarro señala, "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 régimen patrimonial, cuestión, además, útil para proyectar la situación económica de los cónyuges hacia el futuro"[102].

Apreciación de esta circunstancia.

Una vez expuesto de forma breve cual es la relación entre los regimenes matrimoniales y la compensación económica, intentará considerar cual de ello es el que se hermana más con el otorgamiento de una compensación económica o con la determinación de su monto.

Toda esta situación dependerá de cual es el fundamento que se tenga para la compensación económica: la autosuficiencia del cónyuge más débil o la indemnización por el sacrificio efectuado.

Si se habla de la falta de autosuficiencia del cónyuge más débil, entonces el régimen patrimonial más acorde con la compensación económica es la separación de bienes ya que en virtud de lo expuesto, vendría a ser el régimen luego del cual el cónyuge solicitante puede resultar con un real menoscabo. Esto porque se debe pensar que el beneficiario, no ha trabajado o no lo ha hecho en la medida de lo que podía y quería, por lo que sus bienes en comparación con los del otro cónyuge se verán disminuidos y el desequilibrio se expresará en su mayor dimensión.

En cuanto al régimen de participación en los gananciales, en términos prácticos, es el que en menor grado se debería ver involucrado en una demanda de compensación económica, ya que normalmente es elegido por aquellos matrimonios en que ambos trabajan. Pero aún en el caso en que uno de los cónyuges, bajo este régimen, cumpla los requisitos para solicitar una compensación económica, se vería una situación injusta, ya que el beneficio con el que contaría sería enorme, pues si no ha trabajado, obtendría la mitad de todo lo obtenido por aquel que si trabajó. Esta situación en sí, equilibraría los patrimonios, incluso se podría pensar en un enriquecimiento injustificado y amparado por la ley.

---

[101] **Rubén Celis Rodríguez.** *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Página 138.

[102] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 21.

Para el caso de la sociedad conyugal la situación es más compleja. Por ejemplo, si la mujer es la solicitante y no trabaja, no tendrá el patrimonio reservado del artículo 150 del Código Civil. El proceso entonces será el siguiente: hará efectivo los créditos que tiene en contra de la sociedad conyugal, por lo que recuperará la administración de sus bienes, si es que los tiene y luego procederá a obtener la mitad de los gananciales. En este caso óptimo, el desequilibrio económico no es intenso, ya que la mujer no se encontrara en total desprotección al momento de iniciar su vida en solitario. Así, sería difícil probar la existencia de un menoscabo económico.

¿Pero qué sucede si la sociedad conyugal no obtiene gananciales o la mujer renuncia a ellos? Esta situación tendría como causa normal la mala administración del jefe de esta sociedad, por lo que en este caso si existe un menoscabo económico patente, ya que incluso puede haber dilapidado bienes que eran de propiedad de la mujer que él simplemente administraba.

¿Qué sucede en el caso de la mujer que trabajó en menor medida de lo que podía y quería y el patrimonio reservado del artículo 150? En este caso la mujer igualmente tiene el derecho de solicitar una compensación económica, sin embargo, el juez deberá tener especial consideración por el caudal de dicho patrimonio, ya que puede expresar que no existe desequilibrio alguno.

A modo de conclusión, al operar el desequilibrio económico como fundamento de la compensación económica, se debe considerar por sobre las circunstancias especiales, ya que la existencia del menoscabo económico dependerá siempre y en primer lugar de la existencia de este desequilibrio. Sin desequilibrio económico entre los cónyuges, no existe menoscabo económico. Por ello no es prudente opinar que la compensación económica no debe proceder bajo este régimen patrimonial, ya que se pueden dar situaciones de real desequilibrio económico, pero si debe ser considerado al momento de tratar la circunstancia de la situación patrimonial de los cónyuges. De hecho así lo expresa la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, la cual señala: "En efecto, mientras la compensación económica está destinada a reparar el menoscabo que se produjo en el patrimonio de uno de los cónyuges como consecuencia de haberse dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o del hogar común, en la medida que ello le impidió desarrollar una actividad remunerada, la liquidación de la sociedad conyugal es la forma ordinaria de poner término a la comunidad que se forma entre los cónyuges, al disolverse dicho régimen matrimonial, por cualquiera de las causas que contempla la ley. Lo anterior significa que los gananciales obtenidos al liquidar la sociedad conyugal, tienen una causa jurídica distinta e independiente de los hechos que motivan la compensación económica y, en consecuencia, no cabe sustitución alguna entre ellos. Cosa distinta es que al determinarse la procedencia y cuantía de la compensación, se atienda, entre otros criterios, a la situación patrimonial de ambos cónyuges"[103].

En cambio, si el fundamento de la compensación económica es el sacrificio efectuado por el cónyuge más débil, la forma de observar el régimen matrimonial que impero durante el matrimonio es totalmente diversa. En este caso, el objetivo esencial de la compensación económica

[103] **Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.** Número de Rol: 676-2006. Fecha: 26 de enero de 2007. Redactada por la abogada integrante señora Andrea Muñoz.

es evitar una situación injusta, en la que uno de los cónyuges se beneficio con el sacrificio del otro, es decir, uno de ellos se ocupo de todas las obligaciones familiares (pudiendo incluso trabajar formalmente en menor medida) y el otro sólo se encargo del sustento familiar, sin cumplir sus obligaciones familiares, como cuidar a los hijos o realizar las labores del hogar común. Por ello, aunque ese cónyuge perjudicado durante el matrimonio por la hipótesis que plantea la ley, se vea luego beneficiado con la obtención de gananciales, igualmente puede solicitar se le compense económicamente.

Un argumento fuerte para pensar así, es la falta de regulación de la ley, ya que es cierto que en ninguna parte realizó observaciones relativas al régimen matrimonial de los cónyuges. En este mismo sentido Ramón Domínguez Aguila, señala que "La ley no atiende, para dar derecho a la compensación económica, al régimen matrimonial de los antiguos cónyuges". Sin embargo, luego agrega que "Con todo, será difícil que ella se de existiendo tal régimen. En la inmensa mayoría de los casos, la casi totalidad de los bienes existentes al término del régimen serán gananciales y como ellos se reparten por igual entre ambos cónyuges, no se observa como podría otorgarse compensación, si al hacerlo se desequilibraría la situación igualitaria para el cónyuge que debería pagarla"[104].

3. La Buena o Mala Fe.

El análisis de esta circunstancia es el más complejo, debido a la amplitud de términos que ocupa el legislador y en cuanto al contenido y relación que se le quiso dar con el menoscabo económico. Para parte de la doctrina, esta circunstancia dice relación con la culpa del cónyuge que dio origen al divorcio, por ejemplo, Ramón Domínguez expresa lo siguiente: "aunque en este caso (refiriéndose a la buena o mala fe), de acuerdo a la historia de la ley, se hace referencia a aquel cónyuge que reclama la compensación y, sin embargo, ha tenido culpa en el divorcio"[105]. Sin embargo, dicha opinión no es la correcta.

Al consultar la historia de la ley, el actual artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, era el artículo 63 en el proyecto. Este artículo 63 era bastante similar al que finalmente se consagró y contemplaba también un catálogo de circunstancias que sirven para determinar la existencia del menoscabo económico y el monto de la compensación económica. Sin embargo, en ese artículo 63 no se consideraba la buena o mala fe, ni el inciso segundo que actualmente ostenta el artículo 62. Ese texto hasta el momento se mantenía semejante a la legislación española, la cual no habla de la buena o mala fe.

Siguiendo el orden de la discusión, en la indicación número 78, el H. Senador Boeninger propone agregar un nuevo inciso al artículo 63. Dicho inciso, tendría como objeto excluir del beneficio de la compensación económica a aquel cónyuge que con su culpa ocasionó el divorcio.

La comisión concluyó a este respecto que el objetivo de este inciso, sería impedir que el cónyuge solicitante se aproveche de su propia culpa o dolo, sin embargo, la norma dejaría el

---

[104] **Ramón Domínguez Aguila.** *La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*. Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Páginas 92.
[105] **Ramón Domínguez Aguila.** *La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*. Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Páginas 86 y 87.

suficiente espacio para que el juez, en algún caso excepcional, decidiera igualmente otorgar una compensación económica.

El inciso segundo fue aprobado por la comisión, dejando al juez la decisión de otorgar la compensación económica a un cónyuge culpable, siempre que frente al caso particular este lo amerite, de ahí la expresión *"podrá denegar o reducir prudencialmente el monto de la compensación económica".*

Hasta el momento, el tema de la culpa para el divorcio queda zanjado con este inciso y es sólo aplicable al divorcio del artículo 54, porque se estima que el cese de la convivencia no siempre será ocasionado por quien tiene culpa de la ruptura. Por ejemplo, si la mujer es maltratada físicamente y abandona el hogar, quien origina la causal de cese de la convivencia es la mujer, pero el culpable de la ruptura es el marido.

Hasta el momento, el artículo 63, actual 62, cuenta con una serie de circunstancias, que sirven para determinar la existencia del menoscabo económico y el monto de la compensación y, además tiene un segundo inciso que sanciona al cónyuge que con su culpa dio origen al divorcio en los términos del artículo 54.

Sin embargo, en la indicación número 180, los H. Senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín solicitan se agregue como una circunstancia más, la buena o mala fe del cónyuge que contrajo un matrimonio nulo. Esta nueva circunstancia tendrá como objeto darle al juez un factor importante al momento de determinar si la compensación económica debe proceder o no y en caso afirmativo cual debe ser su monto. La comisión aceptó agregar esta nueva circunstancia en forma unánime. Como se observa, esta circunstancia se origina para ser aplicada específicamente para la compensación económica en el caso de la nulidad del matrimonio. Esto, porque para el caso del divorcio con culpa existe el inciso segundo y para el divorcio de común acuerdo y unilateral no cabe hablar de buena o mala fe, ni siquiera de culpa.

Una vez claro el camino que se siguió en la comisión parlamentaria, esta circunstancia debe analizarse desde el estudio exclusivo de la nulidad de matrimonio.

En la Ley de Matrimonio Civil, se consagran dos tipos de nulidad de matrimonio: el matrimonio simplemente nulo y el matrimonio nulo putativo.

El matrimonio simplemente nulo es aquel que adolece de algunas de las causales que la ley señala y tiene como efecto principal el de restituir a los cónyuges al mismo estado en que se encontraban hasta antes de contraer matrimonio. Es decir, opera una ficción legal: el matrimonio jamás existió. En este caso no procede hablar de buena o mala fe.

El efecto del matrimonio simplemente nulo es drástico, por ello el derecho canónico "temperó el rigor de su sistema de nulidad mediante la teoría del matrimonio putativo. La idea general consiste en favorecer a los cónyuges que de buena o mala fe y con justa causa de error han contraído un matrimonio nulo"[106]. El cónyuge se ve beneficiado en este caso con que ese matrimonio nulo producirá los mismos efectos que el válido.

---

[106] **Hernán Troncoso Larrondo.** *Derecho de Familia*. Editorial Lexis Nexis. Fondo de Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Novena Edición. Santiago de Chile. Página 82.

La circunstancia de la buena o mala fe, según el decir de los mismos senadores, tiene por objeto advertir al juez que frente a un caso de demanda de compensación económica en una solicitud de matrimonio nulo putativo, tenga en consideración la buena o mala fe del solicitante, a fin de determinar si el menoscabo económico existe o no y, en caso de existir, además le sirva para calcular su monto.

¿Por qué el legislador sólo se preocupa de considerar el matrimonio nulo putativo? Porque en materia de nulidad constituye la regla general, en virtud del artículo 52 de la Ley de Matrimonio Civil, que consagra la siguiente presunción legal: "*Se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia".* Con esta presunción la ley se encarga de calificar como nulidad putativa, como regla general, a todos los matrimonios que adolezcan de un vicio de nulidad, salvo que en juicio se compruebe lo contrario. Cabe recordar que para que un matrimonio sea nulo putativo, basta que a lo menos uno de los cónyuges se encuentre de buena fe y con justa causa de error, por lo que sería difícil que en un matrimonio ambos contrayentes tengan conocimiento del vicio que lo invalida, sobretodo teniendo en cuenta que la causal relativa a la incompetencia del oficial del Registro Civil desapareció.

Por último, para completar el tema, se hace necesario saber a cual de los cónyuges se le debe aplicar esta circunstancia o si se le aplica a ambos. Esta circunstancia sólo se debe aplicar al cónyuge solicitante, en razón de dos argumentos principales:

- Todas las circunstancias dicen relación con la existencia o ausencia del menoscabo económico. Este menoscabo económico lo sufre el solicitante, por ello la regla general es que todas las circunstancias se deben aplicar al solicitante, salvo que la ley haga referencia expresa a ambos cónyuges. Por lo tanto, resultan redundantes aquellos casos en que la ley dice que sólo se aplique al beneficiario.
- En segundo lugar, el objeto de esta circunstancia es que aquel cónyuge que de mala fe contrajo matrimonio, no se vea beneficiado con el otorgamiento de una compensación económica, sin que el juez tenga conocimiento de esa mala fe. Como se aprecia, este obstáculo ha sido puesto para el solicitante, en caso que esté de mala fe y en cambio, no importa si es el demandado quien se encuentra de mala fe.

Ya expuesto el tema relativo a la buena o mala fe del cónyuge solicitante, resulta interesante analizar su objetivo y como se llevó a cabo por el parlamento.

El objetivo, considerado por el legislador, es darle una herramienta al juez para que frente al caso particular considere si el cónyuge que contrajo de mala fe un matrimonio nulo, efectivamente es merecedor de una compensación económica. En otras palabras, permite denegar el otorgamiento de una compensación o a lo menos rebajar su monto (es decir, se quiso establecer como una especie de sanción para el solicitante que de mala fe contrajo un matrimonio).

En cuanto al tema del monto, no se presentan problemas, ya que el artículo 62, en su encabezado señala que todas las circunstancias tienen esa utilidad. Sin embargo, en cuanto a la denegación de la compensación económica es donde se presenta el problema, ya que la primera

función de las circunstancias es servir para determinar la existencia o ausencia del menoscabo económico y no para denegar u otorgar una compensación directamente. Es decir, son todas las circunstancias las que en conjunto sirven para determinar si existe el menoscabo económico y si todas ellas revelan que este no existe, entonces la compensación económica no procede. Es problema que se presenta es doble:

- Esta circunstancia no dice relación alguna con el menoscabo económico, es decir, que no porque una persona se case de mala fe, conociendo el vicio que invalida el matrimonio, por ello sufrirá un menoscabo económico. El menoscabo económico está presente por el supuesto del artículo 61 y, las circunstancias lo que revelan, es un entorno en el cual es posible apreciar si efectivamente ese menoscabo económico existe o no. Se debe tener en cuenta, que cualquiera sea la concepción que se tenga de menoscabo económico, se trata de una situación real, palpable, que uno de los cónyuges sufre al momento de ponerse fin al matrimonio, por lo que su otorgamiento no puede depender de las intenciones o razones que se tuvieron al momento de contraer matrimonio, esta institución tiene un único objetivo, solucionar un desequilibrio económico que se vio provocado por una especial situación de los cónyuges en relación al cuidado de los hijos, las labores del hogar común y la actividad remunerada de quien realizó esas labores, por lo que un cónyuge que contrajo un matrimonio nulo de mala fe, igualmente puede sufrir un menoscabo económico y ser merecedor de una compensación económica.
- En segundo lugar, aún cuando se pasara por alto lo expuesto anteriormente, el legislador no puede pretender que con la sola apreciación de esta circunstancia se pueda llegar a denegar una compensación económica. Por muy fuerte que se presente, igualmente debe considerarse en conjunto con las demás, las cuales tampoco denegaran una compensación, sino que su misión es demostrar que el menoscabo económico exigido existe o no existe.

Al parecer, el legislador quiso establecer una sanción más que una circunstancia, una sanción para el cónyuge que contrajo un matrimonio nulo de mala fe, tal como lo hizo cuando trató el caso del cónyuge culpable del divorcio. En este último caso, la sanción es atenuada, es decir, no se le quita el derecho de inmediato, sino que se deja a criterio del juez.

La diferencia esencial, es que el legislador tuvo mayor lucidez con el caso del divorcio por culpa, pues le dio un inciso independiente, mientras que para la nulidad la confundió en el inciso primero.

4. La Edad y el Estado de Salud del Cónyuge Beneficiario.

Para determinar la existencia del menoscabo económico y el monto de la compensación, es necesario tener presente la edad y el estado de salud del solicitante. Esta situación podría resultar injusta para el demandado, en el caso que su edad sea avanzada o su estado de salud se encuentre deteriorado. Sin embargo, ello no es así, porque su estado de salud y edad se pueden incorporar cuando se trate la situación patrimonial de los cónyuges, siempre que tengan algún efecto en su patrimonio, por ejemplo, si se encuentra cerca de su jubilación. En todo caso, las circunstancias están establecidas para determinar la existencia del menoscabo económico, por ello

lo normal será que se aplique en la persona del beneficiario, pues el menoscabo económico se produce precisamente en él. Lo mismo sucede para el caso en que se aplique al tema del monto.

Como se aprecia esta circunstancia contempla dos aspectos:

a) La Edad. Esta circunstancia el legislador la ha tomado en el sentido general que cualquier persona entiende por ella, es decir, como el transcurso de tiempo durante el cual alguien ha vivido desde su nacimiento.

Sin embargo, ¿porque es importante que el juez tenga en consideración la edad del cónyuge solicitante al momento de poner término al matrimonio?

Primero. Es de toda lógica pensar que una avanzada edad permitiría deducir, que el solicitante tendrá problemas al momento de intentar sostenerse por si mismo, mientras que una edad menor permitirá inferir que ese cónyuge podrá lograr en mayor o menor medida ingresar al mercado laboral y mantenerse por si mismo. Por ello el otorgamiento de una compensación económica se verá favorecido cuando el solicitante tenga una edad avanzada.

Sin embargo, si se considera este objetivo como correcto, el legislador habría incurrido en una innecesaria repetición, porque la circunstancia relativa a las "posibilidades de acceder al mercado laboral", obliga al juez a tener en consideración la edad actual del solicitante, ya que es un factor determinante (junto a otros) para revelar las reales posibilidades de conseguir trabajo.

Además, si el legislador considera que una avanzada edad es sinónimo de la existencia del menoscabo económico, así lo habría expresado: "Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, (...) la avanzada edad (...) del cónyuge beneficiario". En otras palabras, la ley inmediatamente daría el sentido en el cual hay que considerar esta circunstancia para que acredite la existencia del menoscabo, ya que este es su principal objetivo. Por último, la ley expresa esta circunstancia en términos neutros, es decir, dice: "la edad" y no la "avanzada edad", por lo que se debe entender en término generales.

Segundo. El menoscabo económico, cuya existencia las circunstancias del artículo 62 deben determinar, dice relación con el supuesto del artículo 61, es decir, con el cuidado de los hijos o la realización de las labores del hogar común, con no haber trabajado o hacerlo en menor medida de lo que podía y quería. Por ello, la edad del solicitante debe apreciarse en forma general y en relación con el sacrificio efectuado por el beneficiario y no en el momento de poner término al matrimonio, ya que por si misma no dice relación alguna con el perjuicio del solicitante. La edad debe ser considerada en relación a cada uno de los hitos que el cónyuge experimento al sacrificarse en pos de la familia y del hogar común, de esa manera el menoscabo se revelará con la suficiente precisión como para determinar su existencia y el monto de la compensación. Entre estos hitos del sacrificio, se encuentran, por ejemplo: la edad en que contrajo matrimonio (si una mujer se casa a los 16 años y no termina su educación escolar, es evidente que sufre un menoscabo), la edad en que tuvo a sus hijos (si tuvo hijos a los 20, 23, 26 y 32 años, se debió sacrificar durante toda su juventud por su familia), la edad en que comenzó a trabajar luego de separada o la edad que tenía cuando sus hijos se emanciparon, etc. Como se aprecia, al tener presente la edad del solicitante en las distintas etapas que configuran el supuesto del artículo 61, el juez podrá apreciar con mayor claridad la existencia y las verdaderas dimensiones del menoscabo que se alega.

Por ejemplo, si una mujer se casa a los 20 años de edad, trabaja hasta los 35 años, momento en el que nace su primer hijo y se decide divorciar a los 40 años, se observa que de los 20 años de matrimonio sólo 5 años se dedicó al cuidado de su hijo. Estos cálculos, que resultan esenciales para determinar el menoscabo, sólo se pueden lograra teniendo presente la edad del solicitante en los momentos relevantes del sacrificio.

b) El Estado de Salud. Esta circunstancia tiene dos ámbitos: el físico y el psíquico, ya que ambos están considerados dentro del concepto de salud que da la Organización Mundial de la Salud. La apreciación de esta, debe hacerse en íntima relación con los hechos que configuran el supuesto de la compensación económica, en términos similares a los expresados en relación a la edad, ya que también la ley la expresa en términos neutros. El juez, en este caso, debe apreciar cuales fueron las condiciones de salud que el solicitante experimento durante el sacrificio en pos de la familia, ya que el menoscabo, en cuanto a esta circunstancia, se aprecia de distinta manera para el caso en que el sacrificio haya sido realizado durante una enfermedad o si lo hizo en excelentes condiciones, tanto físicas como psíquicas.

Una pregunta interesante que se plantea a propósito de este tema, es la siguiente: si el cónyuge al momento de solicitar una compensación económica se encuentra con su salud afectada ¿esa enfermedad debe ser consecuencia de hechos que se produjeron durante el matrimonio o puede ser cualquier afección, sin importar su origen? Por ejemplo, ¿se debe tener en cuenta sólo una depresión que proviene del hecho de la separación y no una osteoporosis?.

Si observamos la norma legal, esta no efectúa ningún tipo de precisión que lleve a pensar que la enfermedad debe ser consecuencia de algo relativo al matrimonio, por lo que se debe concluir que esta circunstancia dice relación con el estado de salud de una persona en términos generales y que de alguna manera sirva para determinar que efectivamente existió un menoscabo económico y guíe al juez al momento de fijar el monto de la compensación. La forma de plantear la solución a la pregunta parece ser la correcta, siempre que se tenga en mira que las circunstancias del artículo 62 no deben ser apreciadas como la causa del menoscabo económico, puesto que ellas se encuentran en el artículo 61. Las circunstancias del artículo 62 sólo están dirigidas a determinar si existe o no el menoscabo económico y posteriormente ayuda a dimensionarlo y fijar el monto de la compensación. Por lo tanto, una mujer con una severa osteoporosis, es un antecedente que debe ser tomado en cuenta, aún cuando no provenga de un hecho del matrimonio, porque endurece el sacrificio realizado y además le afecta su futuro (en el cual debe mantenerse por sí misma).

5. Su Situación en Materia de Beneficios Previsionales y de Salud.

Tal como ocurrió con la anterior circunstancia, esta sólo tiene como objeto observar la situación previsional del cónyuge beneficiario, ya que la ley ocupa la expresión "su situación". Para el caso del demandado, sólo se podría hacer referencia a su situación previsional, al tratar la situación patrimonial de los cónyuges, siempre que tenga relación directa con ello, por ejemplo, si el demandado se encuentra obteniendo una jubilación o cercano a recibirla en el momento de ser demandado de compensación económica.

Esta circunstancia dice relación con dos aspectos: su situación en cuanto al fondo de pensiones y su situación en materia de protección a su salud:

a) Su Situación en Materia de Beneficios Previsionales. Frente a esta circunstancia el juez debe apreciar en primer término, cual es su situación actual, es decir, si el solicitante se encuentra cotizando en una AFP o no lo hace o, si ya es beneficiario de algún tipo de pensión. En un segundo lugar, la mirada debe dirigirse hacia el futuro y proyectar su situación en materia de beneficios previsionales. Este ejercicio dependerá de varias posibilidades que se pueden observar:

Primero. En el caso que el solicitante ya se encuentre recibiendo alguna pensión, se debe poner atención si esta es de carácter vitalicio o caducara en algún momento. En el caso de ser vitalicia, será pertinente incorporarla al momento de discutir la situación patrimonial de los cónyuges. En el caso de no tener el carácter de vitalicia se debe efectuar el cálculo de cuando acabará y cuanto es el monto que recibe.

Segundo. En el caso que el solicitante, se encuentre cotizando, se debe observar el monto de dicha cotización y si esta es consecuencia de alguna actividad remunerada o si es ahorro previsional voluntario. El monto de dicha cotización revelará al juez la cantidad aproximada que el beneficiario recibiría (de continuar cotizando) al momento de su jubilación. Si la causa de dicha cotización es el trabajo remunerado que el solicitante realiza, se debe entender que dicho cónyuge trabaja en menor medida de lo que podía y quería, ya que en caso contrario no sería procedente otorgarle una compensación económica por no cumplir con el supuesto del artículo 61. Lo importante en este caso es determinar cuanto sería lo que el beneficiario cotizaría en el mismo empleo, pero realizado en la medida de lo que puede y quiere, ya que esto revelará el real perjuicio que ha sufrido por dedicarse al cuidado de su familia y al hogar común.

Tercero. Si las cotizaciones son de ahorro previsional voluntario, la fuente de dichos dineros, podrían ser las siguientes: que provenga del propio patrimonio del solicitante, por ejemplo, si trabaja de forma independiente o en el caso que su empleador no cumpla con su obligación de pagar la cotización (y siempre suponiendo que cumple con el supuesto del artículo 61) o que dichos dineros provengan del patrimonio del otro cónyuge. Frente al primer caso, se debe actuar de manera similar a la anterior, pero en el segundo caso se produce una situación más interesante, ya que se estaría manifestando una preocupación por el futuro del cónyuge más débil. Si dicha situación se produce, se puede pensar en dos sentidos (apreciando esencialmente dicha circunstancia): que el menoscabo económico no existe, ya que pese a tener que cuidar a los hijos o realizar las labores del hogar común y no poder desarrollarse laboralmente igualmente el matrimonio le provocó el beneficio de su jubilación o se puede pensar en forma más genérica y considerar que el desequilibrio económico no existe y como este es el fundamento de dicha institución, entonces no procedería aplicarla.

Sin embargo, esa conclusión se encuentra atada a otra situación que es necesario considerar: luego del término del matrimonio, el cónyuge que paga dichas cotizaciones no tiene ninguna obligación de seguir haciéndolo, por lo que frente al caso que la compensación económica no se otorgue (teniendo como argumento principal esta razón), una vez inscrito el divorcio o la nulidad, perfectamente puede decidir no seguir pagando y no infringiría ninguna norma legal.

b) Su Situación en Materia de Salud. Esta circunstancia dice relación con el grado de protección que el solicitante tiene frente a la posibilidad de sufrir una enfermedad. Esta es una situación que para la jurisprudencia es importante, ya que frente a un caso particular, señaló lo siguiente: "Esto último es, probablemente, lo más delicado, por cuanto, como ya se ha dicho, la solicitante no cuenta con cotizaciones previsionales, lo que le impedirá disponer de una jubilación en sus años de vejez y requerirá de atenciones de salud que, de acuerdo a la lógica natural, tenderán a acentuarse con el correr del tiempo"[107].

La opción es una: a través de una Isapre (del sector privado) o a través del sistema de Fonasa y, el grado de protección que estas ofrecen dependerá del nivel al cual se acceda.

La pertenencia a un plan de salud puede ser individual o como carga. En el caso que el solicitante tenga un plan de salud de forma individual, por ejemplo, porque realiza una labor remunerada pero en menor medida de lo que podía y quería, se debe actuar de manera similar a como se hizo al tratar los beneficios previsionales y realizar una comparación con la situación que tendría en el caso de realizar una labor remunerada en la medida que podía y quería. En el caso que el solicitante sea carga de su cónyuge, el perjuicio se dimensionaría en la pérdida de estos beneficios con el hecho del divorcio y por no cotizar de forma individual debido a que se sacrificó en pos de la familia.

Otro caso que se puede presentar es que ninguno de los cónyuges tenga protección de salud. Si su situación se compara, ambos se encontrarían equilibrados, sin embargo, eso no sería argumento válido como para considerar que el menoscabo económico no existe, ya que el solicitante igualmente estaría demostrando el perjuicio al no contar con una protección de salud. Se debe tener presente que estas circunstancias prueban la existencia del menoscabo económico no por la falta de voluntad del demandado en no otorgarle el bienestar necesario, sino que como una consecuencia del sacrificio que efectuó por la familia y que repercutirá una vez terminado el matrimonio, pues el estatuto protector del mismo ya no existe.

¿Beneficia en algo al demandado el hecho que al momento de ponerse término al matrimonio, el solicitante igualmente queda cubierto en cuanto a su salud por el nivel A de Fonasa? Si una persona no cotiza, ni es carga de otra persona, entonces está cubierta por el nivel A de Fonasa, lo que le permite ser atendida en urgencias, consultorios y hospitales dependientes del Estado.

Con esto el demandado, podría argumentar que la salud del demandante igualmente se encuentra cubierta, por lo que no debe ser tomada en cuenta esta circunstancia para determinar la existencia del menoscabo económico, ni la cuantía de la compensación.

Pese a que dicho argumento, en parte es cierto, el espíritu de esta institución intenta solucionar una situación que no se habría presentado si los cónyuges por igual hubiesen trabajado y dedicado a los cuidados de los hijos y las labores del hogar común, el desequilibrio no sería tal y no habría nada que compensar. Por lo tanto, si el solicitante se ve perjudicado en su sistema de salud por sacrificarse en pos de la familia y no haber realizado alguna actividad remunerada, se está

---

[107] **Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.** Número de Rol: 676-2006. Fecha: 26 de enero de 2007. Redactada por la abogada integrante señora Andrea Muñoz.

manifestando la existencia del menoscabo económico, lo cual se debe compensar con independencia de las alternativas que el Estado a través de políticas públicas ofrezcan a aquellos que no tiene recursos.

6. Su Cualificación Profesional y Posibilidades de Acceso al Mercado Laboral.

Al igual que en los dos casos anteriores, esta circunstancia contiene dos situaciones, que se relacionan entre si:

a) Su Cualificación Profesional. El sentido que la ley quiso dar a esta circunstancia dice relación con las capacidades que una persona, en este caso el cónyuge más débil, tiene para desempeñar una actividad laboral determinada.

Esta cualificación dependerá esencialmente de dos factores: de sus estudios y de su experiencia laboral. Así, una persona puede tener una elevada cualificación profesional si estudió arquitectura o si lleva 15 años operando una grúa. Por el contrario, si una persona llegó sólo a octavo básico o sólo ha trabajado como vendedora durante 6 meses, se debe considerar con una baja cualificación profesional. Esta circunstancia puede enfrentar distintas situaciones:

Primero. Una persona que cuenta con una cualificación profesional, pero que se vio interrumpida por el hecho de tener que cuidar a los hijos o realizar las labores del hogar común (y no por el hecho del matrimonio). Por ejemplo, una mujer que egresó del colegio, luego estudió enfermería, se tituló y luego se casó decidiendo dedicarse a su familia. En este caso, se aprecia a una persona con una capacidad profesional cierta, por ello lo importante será poner atención a la segunda parte de esta circunstancia y determinar cuales son sus reales posibilidades de ingresar al mercado laboral. Es importante también considerar de forma distinta a aquellas actividades que sufren una desvalorización por el paso del tiempo y la falta de actualización. En el mismo ejemplo dado, si se altera el estudio de enfermería por el de computación, la inactividad provoca la absoluta imposibilidad de conseguir trabajo en razón de su falta de actualización. En este mismo sentido, Carlos Pizarro señala que "a pesar de tener un título profesional, el cónyuge beneficiario puede verse en la imposibilidad de ejercer su profesión debido al disvalor de no haber trabajado durante mucho tiempo"[108].

Segundo. Otro caso que se puede presentar, es el de una persona que sencillamente no cuenta con ningún tipo de cualificación profesional o esta se encuentra incompleta, lo que puede ser de origen voluntario o por causa directa de cuidar a los hijos o realizar las labores del hogar común. La primera situación se da en el caso en que una persona por propia iniciativa no se prepara para afrontar el mundo laboral. Por ejemplo, una persona que termina cuarto medio a los 17 años, se queda en casa de sus padres, se casa a los 27 años y se ocupa de las labores de la familia. En este caso, una persona tuvo la posibilidad de acceder a una cualificación profesional pero decidió no hacerlo.

La otra situación que se puede presentar es distinta, se trata de una persona que no cuenta con una cualificación profesional o esta se encuentra incompleta, pero no por propia

---

[108] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 26.

iniciativa, sino porque debió ocuparse de la familia[109]. Por ejemplo, una mujer que queda embarazada a los 15 años, se retira del colegio en tercero medio, se casa a los 16 años, luego tiene dos hijos más. En este caso, la decisión también puede ser voluntaria, pero se distingue de la anterior, porque aquí no existió una posibilidad cierta de prepararse para ingresar al mercado laboral, ya que las responsabilidades de la familia nacieron a corta edad.

Tercero. Otra situación que se puede presentar, es el caso en que una persona contrajo matrimonio sin cualificación profesional alguna, pero luego la obtiene, antes de poner término al matrimonio. Por ejemplo, la mujer que luego de separarse concluyó sus estudios y se puso a trabajar. En este caso, el solicitante al momento de poner término al matrimonio va a contar con una cualificación profesional, por lo que el juez lo tendrá que considerar al momento de determinar si es merecedor de una compensación económica.

Como se aprecia, todas estas situaciones tiene matices que las distinguen, sin embargo, la ley no efectúa diferencia alguna en cuanto a las causas que originaron el contenido de esta circunstancia, pues lo que importa es el resultado final, es decir, las condiciones en que esa persona se encuentra al momento de ponerse término al matrimonio. Lo curioso es que de todas estas situaciones, la que más merece una compensación económica es aquella en que el solicitante decidió no prepararse para el mercado laboral pudiendo hacerlo. Sin perjuicio de ello, la ley entrega al juez la apreciación de estas situaciones o matices y finalmente con la ayuda de la sana crítica y frente al caso particular considerará que caso resulta más dañoso para el cónyuge más débil.

b) Las Posibilidades de Acceso al Mercado Laboral. En este caso la ley pretende que el juez aprecie las reales oportunidades que el solicitante de compensación económica tiene para acceder al mercado laboral.

Las posibilidades de acceder al mercado laboral dependerán de varios factores, los principales son: la cualificación profesional, la edad, el estado de salud y las condiciones del mercado laboral al cual se pretende acceder. Estos factores pueden ser la causa directa de la imposibilidad o dificultad de acceso al mercado laboral, las cuales en gran medida se ven aumentadas por el supuesto del artículo 61. Es decir, el cónyuge más débil tendrá dificultades para ingresar al mercado laboral producto de no haber realizado una actividad remunerada o hacerlo en menor medida de lo que podía y quería.

La cualificación profesional, tal y como fue visto anteriormente es una circunstancia que revela la capacitación que una persona tiene para ingresar al mercado laboral, por ello mientras mayor sea ella, mejores posibilidades tendrá de ingresar al mundo laboral, situación distinta se

---

[109] En una sentencia de la Corte Suprema, en que se falla un recurso de casación en el fondo, se señala lo siguiente: "e) que el demandado obtiene ingresos por el desempeño de su profesión de médico, no contando con otras cargas de familia; f) que, la actora reconvencional en el año 1977, estudiaba la carrera de pedagogía en biología y ciencias en la Universidad de Chile, la que no terminó para dedicarse al cuidado de su hijo; g) durante los primeros años de matrimonio, la demandante realizó labores remuneradas, mientras el demandado terminaba sus estudios de medicina;". En este caso se presencia el perjuicio que la solicitante sufrió por dedicarse a la familia y en contrapartida el beneficio que obtuvo el demandado por dicho sacrificio. **Excelentísima Corte Suprema de Justicia.** Rol Número: 2147-2006. Fecha 21 de junio de 2006. Pronunciada por la Cuarta Sala. Publicada en el sitio www.lexisnexis.com Visitado el 05 de marzo de 2007.

producirá en el caso que esta sea baja. Situación idéntica sucede al relacionarla con la edad y con el estado de salud, mientras mayor o más deteriorado, respectivamente, menos posibilidades de trabajar tiene una persona. En cuanto a las condiciones del mercado, resulta interesante tenerlo en cuenta ya que muchas personas cuentan con la cualificación profesional adecuada, pero los mercados se encuentran saturados y dificultan no sólo al cónyuge más débil sino que a cualquier persona a acceder a ellos.

7. La Colaboración que Hubiere Prestado a las Actividades Lucrativas del Otro Cónyuge.

El primer elemento necesario para configurar esta causal, es que uno de los cónyuges realice una actividad lucrativa, es decir, que le reporte alguna utilidad de tipo pecuniario. Luego, se necesita que el otro cónyuge, o sea el que no realiza una actividad lucrativa, colabore en la actividad referida.

¿A qué se refiere al decir "colaborar"? Esta palabra puede ser tomada en dos sentidos. Como el trabajo que se realiza con otra persona, el cual puede ser manual o intelectual y; como el aporte que se hace de una cosa en la formación de otra. Por ello entonces, al decir, colaborar en las actividades lucrativas del otro cónyuge, puede englobar una ayuda laboral de tipo manual o de tipo intelectual (por ejemplo ayudar en la gestión y realización de una idea) y también una ayuda que se traduzca en el aporte que se hace de una cosa para la formación de la actividad que se trate (por ejemplo, donar la maquinaria que la mujer heredó de su padre).

Para Carlos Pizarro, esta circunstancia constituye "un menoscabo económico claro. Quizá sea, en verdad, el único criterio que observa el pasado y se aparta de la situación actual del cónyuge al momento de la ruptura"[110].

¿Si el cónyuge que realiza la actividad remunerada le paga al otro, este último está colaborando? Si el cónyuge le paga al otro por colaborar, se puede decir que igualmente está cumpliendo el supuesto del artículo 61 y, se encuentra trabajando en menor medida de lo que podía y quería. Sin embargo, el significado que la ley da a la expresión colaborar no está tomado en el sentido de "trabajo formal", es decir, que cumpla con las condiciones de remuneración y jornada laboral. Esto porque el legislador precisamente ocupó una expresión distinta para ambas situaciones, para el artículo 61 dice "trabajar" y para el artículo 62 "colaborar", con lo que se concluye que esta última es sólo una ayuda en la actividad del otro y sin remuneración.

El otro elemento que se necesita es que quien colabora en la actividad lucrativa del cónyuge sea quien está solicitando la compensación económica.

Como mencioné, esta circunstancia tiene distintas formas de presentarse, ya que la colaboración que uno de los cónyuges puede prestar al otro, puede ser de variadas formas:

a) La colaboración intelectual: Esta es la ayuda que se realiza a través del empleo de la inteligencia. Por ello, esta colaboración puede ser variada, por ejemplo idear formas de llevar a cabo un determinado proyecto. Si la colaboración es de este tipo, en nada afecta la autosuficiencia del cónyuge solicitante al momento de ponerse término al matrimonio. Por ejemplo, si un cónyuge

---

[110] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 26.

da una idea y la forma de hacerla al otro, no por eso en 10 años más, cuando el matrimonio termine, el cónyuge colaborador sufrirá un menoscabo económico por esa razón. Sin embargo, esta es una situación injusta, que benefició al otro cónyuge y si lo ayudó a ser autosuficiente, por lo que se hace necesario tenerlo en cuenta al momento de decidir la existencia del menoscabo económico.

b) La colaboración que se realiza mediante el aporte a la actividad del otro cónyuge: Este tipo de colaboración tiene un resultado similar al anterior, ya que no porque un cónyuge colaboró con una cosa a la formación de la actividad lucrativa del otro, significa que el cónyuge colaborador sufrirá un menoscabo económico al momento de terminar el matrimonio. Pero también es una situación injusta que se debe considerar al momento de ponerse término al matrimonio.

c) La colaboración de tipo manual: En este caso, el solicitante colabora de manera manual en la actividad lucrativa del cónyuge demandado. El cónyuge beneficiario, además de cumplir con las labores que supone el artículo 61, le proporciona una ayuda gratuita en las tareas que necesita su cónyuge, como por ejemplo, la ayuda que presta la mujer en un establecimiento de abarrotes.

Se aprecia que el solicitante despliega un esfuerzo mayor, ya que no sólo se ocupa del cuidado de la familia y del hogar, sino que también colabora en el trabajo del cónyuge más fuerte. Lo importante en este caso, es determinar si este tipo de colaboración incide en que la falta de equilibrio se manifieste al momento de ponerse término al matrimonio.

En primer lugar, se debe tener presente, que esta colaboración que realiza el solicitante afecta directamente a otras circunstancias del artículo 62, respecto de las cuales no existe duda acerca de la real incidencia que tiene al momento de determinar si existe o no el menoscabo económico. Así, por ejemplo, si colabora uno de los cónyuges en la actividad lucrativa del otro, su situación patrimonial se verá afectada, ya que no recibió sueldo, por lo mismo su situación previsional y de salud será prácticamente inexistente. Sin embargo, no tendría sentido agregar esta circunstancia, si su único objetivo es informar a otras, ya que con el análisis particular de estas últimas sería suficiente para arribar a la misma conclusión.

Otro punto de vista, es pensar que todas las otras circunstancias, si se consideran de forma individual, determinan si la autosuficiencia efectivamente se produce al momento de ponerse término al matrimonio y todas ellas coinciden en que afecta la posibilidad de ingresar al mercado laboral o de tener algún tipo de patrimonio o solvencia económica, que le permita mantenerse sin ayuda del cónyuge más fuerte. Sin embargo, esta circunstancia no sirve para determinar si el menoscabo económico existe o no, ya que de su realización no se infiere que en el futuro no será autosuficiente, al contrario, le da una pequeña ventaja para defenderse en ese momento, ya que habrá practicado una actividad que le puede servir al momento de buscar trabajo. Sin perjuicio de ello, la situación de esfuerzo adicional si se debe considerar al momento de fijar el monto, teniendo presente cuales fueron los beneficios del demandado, producto de esa colaboración gratuita.

Si se cree que la compensación económica, tiene como objeto indemnizar al cónyuge solicitante por el sacrificio que desplegó durante la vigencia del matrimonio, la circunstancia en análisis, a diferencia de las anteriores, incluye un sacrificio anexo, es decir, el cónyuge solicitante

además de cuidar a los hijos o de realizar las labores del hogar, sin poder trabajar o hacerlo en menor medida, ha llevado a cabo una tarea adicional: colabora en las actividades lucrativas del cónyuge.

Con esto, la situación durante el matrimonio del cónyuge solicitante se torna aún más dificultosa, en razón que despliega un esfuerzo aún mayor al que contempla el supuesto del artículo 61.

Las anteriores circunstancias demuestran la existencia de la consecuencia del sacrificio, ya sea, a través de la situación al momento de ponerse término al matrimonio (por ejemplo, la edad) o como el resultado que se produjo en razón del supuesto del artículo 61 (por ejemplo, la situación previsional). Sin embargo, la presente circunstancia no nos revela una situación especial en la cual queda el solicitante al momento de ponerse término al matrimonio, ni opera como consecuencia del sacrificio efectuado durante el matrimonio. Al contrario, esta circunstancia nos presenta un sacrificio adicional que el solicitante llevo a cabo durante el matrimonio y, que lo hizo sólo en beneficio del cónyuge.

Por ello, frente a la pregunta si esta circunstancia sirve para determinar la existencia del menoscabo económico, la respuesta ha de ser afirmativa, puesto que el perjuicio económico que sufre el solicitante al momento de comprobarse la existencia de esta circunstancia, es mayor, ya que se le suma un argumento al artículo 61 para que el solicitante no se pueda desarrollar en una actividad laboral remunerada, lo que al fin y al cabo es la causa directa del menoscabo económico.

Esta circunstancia, además sirve para demostrar que el legislador lo que tuvo en mente al momento de regular la compensación económica fue indemnizar un perjuicio, que nada tiene que ver con la autosuficiencia del cónyuge más débil. Esta circunstancia agrava la situación que el solicitante tuvo durante el matrimonio, lo perjudica con mayor fuerza y lo que es peor, lo perjudica beneficiando al demandado, lo enriquece sin costo alguno. Por ello, esta circunstancia ha de ser apreciada para constatar que el menoscabo económico existe y que el monto de la compensación económica debe ser mayor, ya que el demandado en este caso obtuvo una ganancia.

Forma de Calcular la Cuantía de la Compensación Económica

Si la compensación económica en cuanto a su monto no ha sido acordada por las partes, corresponde al juez determinarla[111] conforme a las circunstancias del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, apreciándolas en conformidad a las reglas de la sana crítica. Para ello, efectuará

[111] "Que el hecho que el cónyuge que solicite la compensación económica a que se refiere el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, no indique monto en su demanda, no es óbice para que el juez analice si se dan los presupuestos que la autorizan. Así, fluye de lo dispuesto en el artículo 64, pues si no se solicitare en la demanda, el juez debe informar a los cónyuges de la existencia de este derecho, y si se pide, el juez debe pronunciarse sobre la procedencia de la compensación y su monto, en el evento de dar lugar a ella. De modo que el monto es resorte del juez, si no hay acuerdo entre las partes, y es una materia de orden público que no puede obviarse bajo ningún respecto". **Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.** Título del Fallo: *Compensación Económica de Cónyuge que No Pudo Desarrollar Actividad Remunerada Durante el Matrimonio. Naturaleza. Parámetros par su Determinación.* Número de Rol: 2863-2006. Número de Gaceta: 317. Página 190. Fecha: 06 de noviembre de 2006. Redacción del Ministro señor Silva.

una operación similar a la que corresponde para determinar la existencia del menoscabo económico.

Para apreciar la técnica que los Tribunales de Justicia emplean para determinar la cuantía de la compensación económica, presentaré la siguiente resolución de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago[112]:

1. Considerando Octavo.

"Que para determinar la real dimensión del menoscabo económico sufrido y la cuantía de la compensación, el legislador contempló, en el artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil, una serie de criterios que el sentenciador habrá de aplicar, especialmente "aunque no en forma exclusiva" entre los cuales se encuentran: la duración del matrimonio y la vida en común de los cónyuges, la situación patrimonial de ambos cónyuges, la buena o mala fe, la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario, su situación previsional y de salud, su cualificación profesional y sus posibilidades de acceso al mercado laboral y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge. La idea que hay tras esto, es que no basta con mirar hacia atrás, para determinar la medida del empobrecimiento por el menor incremento del patrimonio, sino que es menester examinar cómo ello se proyecta en la situación actual del solicitante, con vistas a su subsistencia futura".

Como se aprecia, los sentenciadores de segunda instancia señalan las circunstancias con las cuales apreciaran la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, teniendo presente dos apreciaciones: el carácter no taxativo y la observancia no sólo al pasado sino que también hacia el futuro.

2. Considerando Noveno.

"Que apreciada la prueba recogida en esta causa, conforme a los principios de la sana crítica, es posible dar por establecido que se trata de un matrimonio que se prolongó por espacio de 23 años y que la convivencia entre los cónyuges duró 13; que la solicitante tiene en la actualidad 45 años, sin que se hayan acreditado enfermedades; que su trabajo actual le permite un ingreso que no se corresponde con lo que hubiera podido ganar si hubiera terminado su carrera y se hubiera mantenido en forma permanente y continua en el mercado laboral; que su situación previsional es precaria, como lo demuestran los certificados emitidos por ING y AFP Santa María, que dan cuenta de un capital no superior a los dos millones de pesos, cuestión que es coherente con la inestabilidad con que desarrolló sus trabajos e imposible de revertir en los años que restan para obtener una pensión de jubilación por vejez; que la solicitante colaboró sustancialmente con el desarrollo profesional de su cónyuge, quien con el apoyo de ésta, pudo capacitarse y acceder a trabajos con sede en provincia, como se desprende de la testimonial de fojas 41 y la confesional del demandado, a fojas 58, en que reconoce haber hecho estudios de perfeccionamiento en la

[112] **Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.** Número de Rol: 10.333-2005. Fecha 24 de enero de 2007. Redactada por la abogada integrante señora Muñoz. Publicada en el sitio http://jurischile.com Visitado el 20 de febrero de 2007.

Universidad de Chile y en la Adolfo Ibáñez, terminando en 1996, año de la separación de los cónyuges".

En este considerando, se van aplicando las circunstancias del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, al caso concreto, lo cual revela cual es la situación actual del cónyuge solicitante. Situación que deriva del sacrificio que realizó en pos de la familia y, que además servirá para proyectar cual será el futuro más probable. Cabe apreciar, que en este considerando no se aprecia cual es su situación patrimonial actual.

3. Considerando Décimo.

"Que, en cuanto a la situación patrimonial del demandado reconvencional, ha quedado acreditado en autos que es un profesional que ha desarrollado una carrera exitosa y ascendente, desempeñándose en la actualidad como Gerente Zonal Norte del Banco del Desarrollo, con sede en La Serena, Cuarta Región, con una remuneración mensual de $4.821.108, más asignación de casa ($700.000) y un bono de productividad anual, dependiendo del resultado de cada gestión, según consta del certificado emitido por el empleador que rola a fojas 77. En cuanto a sus bienes, también consta a fojas 18, que es dueño de un inmueble ubicado en Santiago y se puede presumir que, a lo menos, colaboró en la compra de otro inmueble ubicado en Rancagua, que figura inscrito en el Conservador de Bienes Raíces a nombre de su actual conviviente, quien, según informe social evacuado con ocasión de un juicio de alimentos entre las partes, que rola a fojas 15, es ejecutiva de cuentas y en el año 2003 ganaba $ 256.000 líquidos".

En este considerando se aprecia cual es la situación actual del demandado. La única circunstancia que en este case se aplica es la de la situación patrimonial, esto porque se considera que la situación patrimonial actual del demandado es la consecuencia directa del beneficio que obtuvo durante el matrimonio por el sacrificio que su cónyuge desarrollo en pos de la familia. Como se aprecia, los dos rubros que se consideran son: sus ingresos actuales y los bienes adquiridos.

4. Considerando Undécimo.

"Que, en lo que respecta a la situación económica de la solicitante, ha quedado establecido que actualmente presta servicios en la Funeraria María Ayuda S.A., donde percibe un honorario que fluctúa entre los $187.500 y los 250.000 mensuales y vive en un inmueble adquirido por el demandado al momento de la separación de hecho de su cónyuge, para que allí viviera su familia, inmueble que se encuentra inscrito a nombre de la solicitante. Si bien este es un antecedente a considerar para los efectos de la determinación del monto de la compensación a que tiene derecho la solicitante, en ningún caso puede ser estimado como un pago anticipado de la compensación, como pretende el demandado, puesto que sin perjuicio que la propiedad esté inscrita a nombre de la solicitante, se trata del inmueble que sirve de residencia a la familia del demandado, compuesta por sus tres hijos y como se desprende de la confesional que rola a fojas

60, es el inmueble que sustituyó a la casa habitación en que la familia residía antes de la separación de los cónyuges".

En este considerando, se analiza cual es la situación patrimonial actual del cónyuge solicitante. Se aprecia cual es su ingreso mensual y se deja claro que la compra de un inmueble por parte del cónyuge más fuerte como residencia familiar al momento de la separación de hecho, en ningún caso debe ser considerado como un anticipo de la compensación económica.

5. Considerando Duodécimo.

"Que, en consecuencia, analizados los antecedentes de que dan cuenta los razonamientos anteriores, estima este tribunal que concurren los requisitos para que la solicitante tenga derecho a ser compensada por su cónyuge, por el menoscabo económico que le produjo el haberse dedicado, durante un período de su matrimonio (1986 a 1990), en forma absoluta, al cuidado de sus hijos, sin generar ningún ingreso y en forma menor a lo hubiera querido o podido, desde 1996 en adelante, sacrificando de este modo su desarrollo profesional, en beneficio del de su cónyuge; siendo especialmente relevante para el tribunal las evidentes dificultades de reinserción en el mercado laboral que debe enfrentar la solicitante en la actualidad y su precaria situación previsional".

Este considerando es el que constata la existencia de los supuestos de hecho del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil y la existencia del menoscabo económico.

6. Considerando Decimotercero.

"Que para determinar el monto de la compensación, se tomará como referencia la suma de $400.000, monto similar a lo que ganaba mensualmente la solicitante el año 1994, según da cuenta el contrato celebrado con el Banco BHIF acompañado a estos autos y guardado en custodia, estimándose razonable que hubiera podido generar ingresos de ese nivel, en los 4 años que se dedicó por completo al cuidado de los hijos. Y, en razón de lo que dejó de ganar en el período siguiente (1990 en adelante), en que la solicitante trabajó, pero menos de lo que hubiera podido y querido y a un nivel menor de ingresos, se estimará un 5% de la misma cifra referencial de $ 400.000, entre 1990 y 2006. Así las cosas, los cálculos anteriores dan el siguiente resultado:

a) ganancias de la solicitante entre los años 1986 y 1990 (4 años), resultan de multiplicar $400.000 por 48 meses: $19.200.000.

b)5% de $ 400.000, por 192 meses: $ 3.840.000.

En consecuencia, los cálculos anteriores permiten estimar, prudencialmente y en forma preliminar, el monto de la compensación económica solicitada, en una suma de $ 23.040.000".

Este considerando es el que efectúa el cálculo preciso de la cuantía de la compensación económica. Para que se entienda de mejor manera es necesario tener presente lo siguiente: entre 1986 y 1990, la solicitante se encargo por completo del cuidado de sus hijos, sin realizar labor

remunerada. Desde el año 1990, hasta 1996 la solicitante realizó trabajó en el sistema financiero. Para determinar el ingreso de la solicitante, se considera un contrato de trabajo de fecha 1994, en el que se señala que el monto a pagar son $400.000 mensuales. Se considera como lógico que ese es el monto que la solicitante podría haber generado durante el periodo en el que se dedicó por completo al cuidado de los hijos. Sin embargo, el sentenciador de segunda instancia considera que su trabajo, además lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, por ello efectúa un recargo del 5% a los $400.000 (lo que da una cantidad de $20.000) y lo multiplica por el periodo que va desde 1986 hasta el 2006, momento en que se demanda la compensación económica.

Las observaciones que se pueden hacer a este cálculo son variadas, en primer lugar, se observa la similitud que existe con el lucro cesante, el cual en su oportunidad señalé como no aplicable a esta institución, sin embargo, como se ve, los tribunales no son de la misma opinión; en segundo lugar, salta al camino la duda respecto a como se habría efectuado este cálculo, para el caso en que la solicitante no hubiese realizado labor remunerada alguna en ningún momento, ya que en esta sentencia se toma en cuenta un contrato laboral determinado. Esta sentencia sirve para argumentar a favor del cálculo en base el sueldo mínimo o incluso a los posibles trabajos que el solicitante podría obtener en relación a su cualificación profesional. Por último, también llama la atención, el recargo del 5% sobre la remuneración, ya que no explica el porque de ese monto, perfectamente podría haberse considerado un 3% o un 10%.

Por otra parte, esta forma de cálculo tiene varios aspectos positivos: es un cálculo objetivo, que se puede realizar en cualquier caso y que si se llegara a uniformar en los tribunales de primera instancia, podría incluso llevar a la descongestión de las Cortes de Apelaciones. Otro aspecto interesante, es el relativo al tiempo que se ocupó para efectuar el cálculo, como se aprecia, se considero sólo el periodo de real sacrificio en pos de la familia, es decir, desde y hasta el momento en que efectivamente la solicitante no pudo trabajar o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. Esto sirve como argumento para considerar como cierta la critica a la circunstancia de la duración del matrimonio.

7. Considerando Decimocuarto.

"Que, considerando que la solicitante es dueña del inmueble donde vive, el que se encuentra íntegramente pagado, se deducirá prudencialmente del monto anterior, un 10%, lo que arroja un monto final de $ 20.736.000, que el demandado reconvencional deberá pagar a la demandante por concepto de compensación económica, más el interés corriente desde que la presente sentencia quede ejecutoriada, hasta la fecha de su pago efectivo.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia de doce de octubre de dos mil cinco, escrita a fojas 94, solo en cuanto no da lugar a la demanda reconvencional y se declara que se acoge la demanda reconvencional de compensación económica deducida en el primer otrosí de fojas 21 y se condena a don xxx xxx a pagar a doña xxx xxx, la suma única y total de veinte millones setecientos treinta y seis mil pesos ($20.736.000.-), por concepto de compensación económica, más intereses corrientes desde que esta sentencia quede ejecutoriada hasta la fecha de su pago efectivo".

Este último considerando, tiene por objeto reconocer el hecho de un inmueble que se le otorgó a la solicitante para que lo ocupara como bien familiar (y que se encuentra a su nombre), por lo cual se le resta a la suma preliminar el 10%. Como se aprecia, no se considera un adelanto de la compensación. Por otro lado concluye ordenando se revoque la sentencia apelada.

Capítulo 4

Del pago de la compensación económica, otras consideraciones.

Del Pago de la Compensación Económica

Los artículos 63 a 66 de la Ley de Matrimonio Civil, señalan las distintas formas o modalidades para realizar el pago de la compensación económica.

La regla general esta dada por el acuerdo de las partes y por el pago en íntegro de la suma de dinero, sin embargo, esta regla sufre diversas excepciones y en honor a la realidad son casos poco frecuentes, ya que en la mayoría de ellos, la compensación la fija el juez y el pago se debe hacer en cuotas.

- El acuerdo de las partes. El requisito necesario es que los cónyuges sean mayores de edad al momento de arribar al mencionado acuerdo. Este acuerdo procede respecto de tres ítems: en primer lugar, respecto de la procedencia de la compensación, es decir, que los cónyuges mayores de edad son soberanos en el otorgamiento de una compensación, con lo cual no se exigirá la probanza de ningún presupuesto o requisito de los que establece la ley. En segundo lugar, los cónyuges pueden decidir acerca del monto de la compensación, es decir, de la cantidad de dinero que uno de ellos pagará al otro y; por último, el acuerdo también podrá operar para el caso de la forma de pago de la compensación, en otras palabras los cónyuges también son dueños de decidir cualquier forma de pago que les acomode, por ejemplo, cuotas iguales o desiguales, con dinero, con especies, etc.

Las formalidades que se exigen para que el acuerdo sea válido son dos: escritura pública o acta de avenimiento y; cualquiera sea la que se elija, esta debe ser aprobada por el tribunal que está conociendo del divorcio o de la nulidad. Esta aprobación del juez, tiene por objeto evitar fraudes o beneficios indebidos.

En el caso que los cónyuges no lleguen a acuerdo, el juez será quien determinará la procedencia de la compensación económica y su monto. Esta decisión se apoyará en base a la existencia de los supuestos de hecho que menciona el artículo 61 y la consideración de las circunstancias que establece el artículo 62.

Para el caso en que nada se diga respecto a la compensación económica (por ejemplo, no se llega a acuerdo, no se demanda o no se entabla como demanda reconvencional), pesa sobre el juez la obligación de advertir a los cónyuges respecto a la existencia de este derecho y en términos breves y sencillos explicar en que consiste. Posteriormente debe preguntar si renuncian o no a este derecho. En caso que renuncien, el juicio de divorcio o de nulidad debe seguir adelante. En caso que manifiesten su intención de demandar compensación económica, hay que distinguir: si es el demandante, procede que lo haga junto a la ratificación de la demanda, si es el demandado, procede que lo haga mediante la vía reconvencional. Sin embargo, también es plausible, que

cualquiera de las partes solicite se suspenda la audiencia en razón de no estar preparado para realizar dicha alegación, argumentando además que ignoraba la existencia de este derecho. Esto es así, porque de otra manera la categoría de esencial que tiene esta advertencia no tendría sentido. Pese a que la ley nada dice respecto a suspender la audiencia, no se puede llegar a otra conclusión, ya que, si por ejemplo, los cónyuges ignoraban la existencia de este derecho, lo más probable es que no estén preparados para plantear una demanda de compensación económica, frente a lo cual el juez no puede obligar a las partes a efectuarla de cualquier manera o a renunciar a su derecho, dichas situaciones serían arbitrarias y dejarían a las partes en total indefencsión. Claro está, que alguien podría pensar en el artículo 8 del Código Civil y alegar que existe la presunción que la ley es conocida por todos. Sin perjuicio de ello, la Ley de Matrimonio Civil ha querido ser realista y, frente al hecho consumado a que nadie cumple con esa presunción (ya que no hay persona que sepa el contenido de toda la normativa existente en nuestro país) ha obligado al juez a realizar este trámite esencial.

Por último, la ley nada dice respecto a cuando el juez debe advertir a las partes acerca de este derecho, es decir, si lo debe hacer en la audiencia preparatoria o de juicio. Esto toma importancia para el caso en que no se haga en la audiencia preparatoria, porque en dicha situación el juez deberá informarla en la audiencia de juicio y, por lo tanto, retrotraer la causa al momento en que las partes puedan demandar de compensación económica. Claro que esta situación es bastante difícil que suceda ya que si por alguna razón al juez se le olvida hacer el trámite, son los abogados los indicados para hacer la advertencia.

Para el caso en que el juez no realice la advertencia acerca del derecho a solicitar una compensación económica y decreta el divorcio o declara la nulidad de las partes, entonces el juicio adolece de un vicio de nulidad.

- Formas de pago de la Compensación Económica. La ley establece dos formas de pago de la compensación, sin embargo, esto lo podrá hacer siempre que no opere el acuerdo entre los cónyuges ya que como se expreso en su oportunidad, estos son soberanos para decidir.

Primero. Con la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Si es dinero, puede ser enterado en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago.

El caso del pago en dinero es el que resulta más interesante. El juez tiene como atributo el fijar el pago de la suma de dinero en una o varias cuotas, tal como lo establece el artículo 65, número 1. Si la capacidad económica del demandado permite el pago del monto en una sola cuota, así lo declarará el juez en la sentencia, para ello es necesario que en el proceso se tenga claridad acerca de la situación económica del obligado al pago. En cambio, si la capacidad económica del demandado no le permite pagar en una sola cuota, entonces el juez podrá dividir la cantidad de dinero en varias cuotas reajustables.

Este es el principio general en cuanto a las formas de pago de la compensación económica, lo curioso es que el legislador lo consagró tanto en el artículo 65, número 1, como en

el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil[113]. Pareciera ser que el artículo 66 le diera un matiz distinto, al establecer que la modalidad de las cuotas se aplicara para el caso que no tenga bienes suficientes. Sin embargo, esto no es así, ya que pese a que el artículo 65 no lo menciona de esa manera, no es posible deducir otra razón por la cual una persona tenga que pagar una cantidad de dinero en cuotas.

Si el juez fija el pago en varias cuotas, debe hacerlo en alguna unidad reajustable y además debe ofrecer garantías para su pago. El artículo 65, número 1 lo expresa como *"seguridades para su pago"* y el 66 lo hace como *"garantías para su efectivo u oportuno pago".* Para ello encontramos, por ejemplo, las cauciones del artículo 46 del Código Civil. En este punto, es donde precisamente el artículo 66 da un aporte original. Si la cantidad de dinero a la cual se condena a una persona se divide en cuotas es normalmente porque debido a su capacidad de pago no lo puede realizar de una sola vez, pero esto no significa que el beneficiado por las cuotas debe ser una persona que enfrenta graves problemas económicos o que no tiene bienes. Esas personas, que tienen bienes, pero que no pueden pagar de una sola vez, pueden optar a las cuotas, pero además deben ofrecer una garantía para su pago, por ejemplo, una hipoteca. Sin embargo, si la persona no tiene bienes o enfrenta graves problemas económicos difícilmente se le podrá exigir que garantice su pago, por ello el artículo 66 establece lo siguiente: *"la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia".* Como se aprecia, ante la falta de garantías, la ley le da la calidad de alimentos a dichas cuotas para el solo efecto de su cumplimiento. El cumplimiento de los alimentos, como se sabe, esta dado entre otras por reclusión nocturna o retención de impuestos. Por ello, si la división en cuotas se realiza con el fundamento del artículo 65 número 1, no procede aplicársele la regla de los alimentos, ya que se encuentra garantizando su pago.

Esta asimilación en este aspecto de la compensación económica con el derecho de alimentos no es bien vista por parte de la doctrina. Para Patricio Véliz Môller, "mediante esta asimilación se pretende que frente al incumplimiento del pago de una o más cuotas el juez pueda decretar medidas de apremio en contra del deudor de las mismas, particularmente el arresto[114] y; para Fernando Campos, "es una tergiversación de la obligación que el artículo 7 número 7 del Pacto de San José de Costa Rica otorga a los Estados Parte de el, permitiendo que una obligación, que no tiene carácter alimenticio, "se considere", por una creación de legislador, como alimentos

---

[113] "Este inciso 1º del artículo 66 me merece los siguientes comentarios: 1º Si el deudor no tiene bienes, entonces estamos ante un cónyuge débil y no se explica por qué va a tener que pagar la compensación; 2º ¿En cuantas cuotas dividirá el juez el pago de la compensación?; "En cuanta cuotas fueren necesarias", dice la ley. Entonces estas podrían ser eternas. Para el pago del crédito de participación en los gananciales el juez puede conceder plazo sólo hasta un año, el cual concederá siempre que se den seguridades que el cónyuge acreedor quedará indemne; y 3º Habría sido recomendable que se fijara en que unidad reajustable se van a expresar las cuotas, porque al entregar al arbitrio del juez esta determinación, los cónyuges deudores pueden ser tratados de distinta manera.

Un juez a un deudor le puede expresar sus cuotas en UF y a otro en UTM. En el régimen de participación en los gananciales el crédito debe expresarse en unidades tributarias mensuales". **Rubén Celis Rodríguez.** *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Página 136 y 137.

[114] **Patricio Véliz Môller**. *Divorcio, Nulidad y Separación Los Caminos Frente a la Ruptura*. Editorial Cerro Manquehue. Año 2004.

para su cobro, vulnerándose el espíritu que persigue el pacto: prohibir la prisión por deudas, limitándole solamente a un solo caso excepcional: las pensiones alimenticias"[115].

El autor continua con su crítica señalando, que el Pacto de San José de Costa Rica señala que ninguna persona puede ser detenida por deudas, salvo en el caso de incumplimiento de las obligaciones alimentarias[116], naturaleza que la compensación económica no posee, por mucho que la ley pretenda darle esa calidad. Por ello, en opinión de Patricio Véliz, el incumplimiento del pago de una de las cuotas de la compensación económica no haría procedente el arresto, por lo que frente a dicha situación se debe recurrir de amparo constitucional.

En un sentido similar, Ramón Domínguez Aguila crítica esta asimilación con el derecho de alimentos, puesto que la asimilación tiene sólo como objetivo lograr determinados apremios, así pues señala, "cuando se trate de hacer efectivo el apremio personal que permite usar el art. 15 de la Ley de Pago de Pensiones Alimenticias, es de dudosa constitucionalidad, puesto que si el apremio personal es posible para las pensiones de alimentos, ello es bajo la base de que los instrumentos internacionales suscritos por Chile que autorizan tal medio, como excepción al principio de la improcedencia de prisión por deudas, así lo entienden. Más esa excepción no puede extenderse por simple mandato legal, visto lo que se dispone en el art. 85 inc. 2º de la constitución"[117]. Una observación distinta es la que recuerda Rubén Celis: "respecto del arresto por incumplimiento", recordó la profesora Veloso que "el pacto de San José de Costa Rica aceptó como excepción a la prohibición de prisión por deudas el caso de los alimentos"[118].

Segundo. Otra forma de pago que la ley consagra es la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, siempre que sean bienes de propiedad del deudor. Esta forma de pago, sin embargo, debe ser observada con precaución, porque la compensación económica no debe transformarse en una institución que vincule a los ex –cónyuges eternamente, situación que se podría dar ya que el usufructo, uso y habitación tienen la característica de extenderse en el tiempo.

Además, el usufructo de una propiedad no debe otorgarse cuando el solicitante ocupa algún otro bien que pertenezca a la sociedad conyugal, tal como lo expresa la siguiente sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Rancagua, pronunciada el 20 de abril de 2006: "Que no puede accederse a la petición adicional de usufructo que se formula, puesto que existirían dos inmuebles de propiedad de la sociedad conyugal y la mujer ocupa uno, que no es aquel respecto del cual extiende su petición al reconvenir. Ciertamente el usufructo de que ahora goza se extinguirá con la disolución del matrimonio y el cese de los alimentos de que forma parte, pero no es menos cierto que su título de comunera la habilitará para seguir ocupando ese bien raíz, sin perjuicio de la liquidación respectiva y, puesto que no pidió usufructo de esa casa habitación, no es posible acordárselo. Por otra parte, parece injusto dejarla ocupando esa casa que hoy habita, y a la vez

---

[115] **Fernando Antonio Campos Ponce.** *Algunos Problemas del Divorcio y de la Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Número 13. Año 2005. Página 367.

[116] "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios". *Artículo7, número 7 del Pacto de San José de Costa Rica.*

[117] **Ramón Domínguez Aguila.** *La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*. Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Página 88.

[118] **Rubén Celis Rodríguez.** *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Página 131.

instituirla titular de usufructo respecto del otro inmueble, si no consta que la sociedad conyugal tenga más bienes"[119].

Por ello, esta forma de pago, para su correcta aplicación requiere de la siguiente técnica: al condenar a uno de los cónyuges al pago de una compensación económica, esta se debe expresar en la sentencia como una suma de dinero determinada, por ejemplo, diez millones de pesos. Posteriormente se debe valorar el usufructo, uso o habitación y con ello calcular por cuanto tiempo deben mantenerse en manos del beneficiario.

Otro aspecto a tener en consideración es que el artículo 65, número 2, segunda parte establece una protección a los acreedores del cónyuge propietario, así señala lo siguiente: *"La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo".* Esta misión de proteger a los acreedores, le corresponde al juez, ya sea revisando el acuerdo al cual llegaron los cónyuges o en la dictación de la sentencia respectiva. Para Gustavo Cuevas, "esta obligación del juez nos merece una serie de reflexiones. En primer lugar, cómo se determinaran los acreedores de uno u otro de los cónyuges. No existe un registro público de acreedores y los boletines comerciales son parciales. En consecuencia, como en el derecho comparado, creemos que dentro de la documentación que deberá solicitarse a los cónyuges, deberá existir una declaración jurada respecto de los acreedores de uno u otro"[120].

De la Sanción al Cónyuge Culpable.

Cuando se habla de cónyuge culpable, se habla de aquel quien ocasionó el divorcio o la nulidad, es decir, fue su actuar el que configuró al causal por la cual el juez decretará el divorcio o la declaración de nulidad.

Para el caso de la nulidad, el cónyuge culpable, será aquel que dio origen a sus causales, teniendo presente que pueden ser ambos los que tengan la calidad de culpables.

El caso del divorcio, merece algunas distinciones, las cuales dependerán del tipo de divorcio del cual se habla: si el divorcio que se tiene en mira es el unilateral, cuya causal es el cese de la convivencia por más de tres años, el cónyuge culpable, será el que abandonó el hogar común permitiendo por lo tanto, la configuración de la causal esgrimida; en el caso del divorcio de común acuerdo, pese a que existe un cónyuge culpable que dio origen a la causal de cese de la convivencia, en el juicio mismo no importa, porque producto que se encuentran de común acuerdo en cuanto se decrete el divorcio sólo deben probar que ha transcurrido el lapso de un año y; por último, se encuentra el caso del divorcio culpable, el cual se consagra en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, en el cual quien tiene la calidad de cónyuge culpable, es quien configuró

---

[119] **José Luís Zavala Ortiz y Carolina Montecinos Fabio.** *Jurisprudencia Divorcio*. Cese de Convivencia. Compensación Económica. Procedimientos. Edición Actualizada 2007. Editorial PuntoLex S.A. Santiago de Chile. Año 2007. Página 205.

[120] **Gustavo Cuevas M.** *Indemnizaciones Reparatorias de la Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regimenes Matrimoniales.* Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Año 2004. Santiago de Chile. Página 82.

alguna de las causales de las que señala la ley. Al igual que en el caso de la nulidad, ambos pueden tener la calidad de cónyuges culpables.

Pese a la referencia hecha a todos los casos en que existe cónyuge culpable, el que interesa es el del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, ya que el artículo 62, inciso segundo del mismo cuerpo legal señala lo siguiente: "Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto".

Este inciso se encuentra a continuación de la enumeración de las circunstancias que el juez debe tener en cuenta para determinar la existencia del menoscabo económico. Por lo tanto, su aplicación procede una vez que el juez ya se ha formado convicción respecto a la procedencia de la compensación económica respecto de uno de los cónyuges.

Si ese cónyuge beneficiario de compensación, dio lugar, como cónyuge culpable al divorcio señalado en el artículo 54, entonces el mismo juez puede denegar la compensación económica o bien puede disminuir prudencialmente su monto. Dicha sanción la analizaré por partes:

Primero. Se trata de una sanción. El legislador, consideró que un cónyuge culpable, en cualquiera de los casos de divorcio o en el caso de la nulidad igualmente puede ser acreedor de una compensación económica. Sin embargo, en el caso del divorcio obtenido por una causal del artículo 54, el legislador le otorgó al juez la posibilidad, frente al caso particular, de sancionar al beneficiario negando la compensación económica o disminuyendo su monto.

Segundo. Es una facultad del juez, por ello la ley ocupa la expresión "podrá". Por ello, el criterio del juez toma una relevancia esencial y puesto que la ley deja a su arbitrio la decisión. Se deduce, que son las circunstancias del caso concreto las que harán que aplique o no esta sanción.

Tercero. La sanción procede sólo respecto del cónyuge culpable y que además fue beneficiario de la compensación económica, por ello en esta materia, no importa el cónyuge deudor. La ley, le da una herramienta al juez, para que sancione una situación que puede llegar a ser injusta.

Cuarto. Por último, la sanción puede consistir en su denegación, es decir, que el culpable no se transforme finalmente en el beneficiario de la compensación o en una reducción prudencial del monto. En este último caso, nuevamente la ley le da al juez, la facultad de decidir conforme a su criterio y frente al caso particular el monto específico en cuanto disminuirá la compensación. "A propósito de esta facultad discrecional que la ley otorga al juez para acoger o denegar la compensación económica o disminuir prudencialmente su valor, el profesor Carlos Pizarro estima que nos acercamos al daño moral, en cuanto a la determinación de la compensación. Ello, a su juicio, conlleva el riesgo de que las sentencias exhiban criterios dispares, para casos que, sin embargo presentan similitudes"[121].

---

[121] **Juan Andrés Orrego Acuña.** *La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Tarrae. Año VIII. Número 8. Año 2004. Santiago de Chile.

Otras Consideraciones

Existen una serie de otros aspectos que resultan importantes tratar al momento de referirse a la compensación económica, las cuales analizaré en conjunto en el presente párrafo:

1. Oportunidad para Solicitar la Compensación Económica. En el artículo 64, inciso segundo, se señala que la compensación económica puede ser solicitada con la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvención.

Se debe tener presente, el deber que pesa sobre el juez, de informar acerca del derecho que los cónyuges tienen a solicitar una compensación económica. Esto porque en ese momento, alguno que no la haya solicitado al momento de la presentación de la demanda, podría en esta oportunidad presentarla.

En la práctica, en el caso del demandante, este lo puede hacer en el escrito mismo de la demanda, verbalmente al momento de ratificarla o en un escrito complementario, mientras que el demandado, lo puede hacer en la contestación a través de la vía de la reconvención, por escrito o verbalmente.

Las presentaciones verbales que se realizan en la misma audiencia, son posibles, ya que normalmente los jueces informan de este derecho luego de la audiencia especial de conciliación y, por lo tanto, con anterioridad a las presentaciones de las partes.

La falta de dicha información tiene consecuencias graves, tal como lo señala la Ilustre Corte de Apelaciones de Antofagasta en su sentencia de trece de julio de 2006: "Que el artículo 64 de la Ley Nº 19.947 de Matrimonio Civil, exige al juez, cuando las partes no solicitan la compensación económica, reguladas en los artículos 61 y siguientes de la ley, informar a los cónyuges de la existencia de este derecho durante la audiencia de conciliación, obligación que fue omitida, según se desprende en la reseña precedente, lo que constituye una falta de diligencia esencial, subsanable sólo con la nulidad de la sentencia, porque el perjuicio ocasionado no puede reparase por otra vía, según lo disponen los artículos 768 Nº 9, 775 inciso primero y 795 del Código de Procedimiento Civil"[122].

¿Podría uno de los cónyuges, solicitar una compensación económica con posterioridad a las oportunidades señaladas? Se debe entender que luego de esas oportunidades el derecho a solicitar una compensación económica ha precluido. Lo cual guarda completa concordancia con la obligación del juez de informar respecto de este derecho, con lo que ninguno de los cónyuges puede alegar ignorancia respecto de su derecho de ejercerlo (entenderlo de otra manera, haría que dicha obligación de informar no tuviera sentido).

2. La Transferencia y Transmisión de la Compensación Económica. La ley al reglamentar la compensación económica, no efectuó regulación alguna en cuanto a la transferencia y transmisión de esta institución, por lo que se deben aplicar las reglas generales que da la legislación civil. Cuando se condena al pago de una compensación económica a uno de los

---

[122] **José Luís Zavala Ortiz y Carolina Montecinos Fabio.** *Jurisprudencia Divorcio*. Cese de Convivencia. Compensación Económica. Procedimientos. Edición Actualizada 2007. Editorial PuntoLex S.A. Santiago de Chile. Año 2007. Página 164.

cónyuges, el beneficiario adquiere un derecho, el cual puede transferirlo por acto entre vivos o transmitirlo por causa de muerte[123].

En cuanto a la transferencia de la compensación económica, si esta no comparte la naturaleza jurídica con el derecho de alimentos, entonces no goza de la característica de ser un derecho personalísimo que no puede transferirse de ninguna manera. Si eso se acompaña con la ausencia de prohibición legal, entonces no existiría ningún inconveniente como para aceptar la transferencia de la compensación.

En cuanto a la transmisión de la compensación económica, si se habla del deudor de ella y este fallece, entonces transmite la obligación de pago a sus herederos, salvo que estos acepten la herencia con beneficio de inventario. Si el deudor, contrae nuevo matrimonio y fallece, entonces se podría dar el caso que su posterior mujer sea la obligada al pago de la compensación económica para la primera mujer[124].

3. La Renuncia y Las Capitulaciones Matrimoniales. El artículo 12 del Código Civil señala que: podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no este prohibida su renuncia. La Ley de Matrimonio Civil, en ningún aspecto modifica este artículo, por lo que los cónyuges pueden renunciar al derecho a solicitarla pues miran sólo el interés del que renuncia.

Lo interesante en este tema es determinar en que momento se puede renunciar a la compensación económica: si se renuncia una vez iniciado el procedimiento de nulidad o de divorcio, no hay problema, de hecho una de las obligaciones del juez en este procedimiento es informar a los cónyuges que les asiste el derecho de solicitar una compensación, momento en el cual estos son soberanos de renunciar. Nada impide que esta renuncia sea a título gratuito u oneroso.

El problema se presenta, sin embargo, cuando los cónyuges o uno de ellos renuncian a este derecho antes de iniciado el procedimiento de divorcio o de nulidad y esto puede producirse durante la vigencia del matrimonio o antes de contraerlo, a través de las capitulaciones prematrimoniales.

Según el artículo 1715 del Código Civil, señala que se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración. Como se aprecia, sus dos grandes características, es que son de contenido patrimonial o pecuniario y proceden antes de contraer matrimonio o durante su vigencia.

Hasta el momento, nada impide que los cónyuges convengan respecto de la compensación económica, no sólo en cuanto a su procedencia, sino que también en cuanto a su

---

[123] "A pesar que en la historia fidedigna de la ley se señala la intención de rechazar el carácter transmisible de la compensación económica, en el texto definitivo no se explicita dicha restricción". **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 29.

[124] "Abusando quizá de la ironía, podríamos considerar conveniente que la persona que pretende contraer matrimonio con un divorciado o divorciada o con quien obtuvo la nulidad de su matrimonio, le exija a su futuro cónyuge que le presente un "*certificado*", en el que conste que no adeuda compensación económica alguna". **Juan Andrés Orrego Acuña.** *La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VIII. Número 8. Año 2004. Santiago de Chile.

monto y a su forma de pago. El artículo 1717 del Código Civil, señala una limitante para la validez de estas convenciones: las buenas costumbres y la ley, pero como escribe Carlos Pizarro, "resulta difícil sostener que la renuncia a la compensación económica pueda significar una lesión a las buenas costumbres y tampoco se encuentra prohibida en la nueva legislación marital"[125]. Por ello esta limitante se encuentra superada al momento de relacionarla con el tema de la compensación.

La situación interesante se presenta en la segunda parte del mismo artículo 1717, el cual señala: no serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes. ¿Es la compensación económica, un derecho que tiene uno de los cónyuges respecto del otro? Todo parece indicar que sí lo es, por lo que hay que determinar si una convención matrimonial anterior al inicio del procedimiento de divorcio o de nulidad provoca un detrimento en este derecho que el cónyuge beneficiario tiene respecto del otro.

La cantidad de situaciones que se pueden dar son bastantes, a saber, las siguientes:

● Renuncia de la compensación económica antes de contraer matrimonio. Si los cónyuges antes de contraer matrimonio convienen que renuncian a su derecho a solicitar una compensación económica en caso de divorcio o de nulidad, es de toda lógica deducir que el esposo económicamente más fuerte de la relación será quien decidirá los términos de la convención, sobretodo en el caso que avizore o desee que su futuro cónyuge se encargue del cuidado de los hijos o de las labores del hogar común. Otro factor importante en este caso, es que los esposos no están pensando en la futura ruptura, sino que al contrario desean que el matrimonio dure toda la vida. Por último, en lo íntimo de la relación, se puede tomar como un signo de desconfianza que el cónyuge se niegue a aceptar la renuncia que le propone el otro. Carlos Pizarro sostiene en este caso que "cabría afirmar la posibilidad de renunciar *ex ante* a la 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"[126].

Por todo lo expuesto, se concluye que una renuncia por convención matrimonial antes de contraer nupcias no debe ser aceptada como válida, ya que efectivamente provoca un detrimento en el derecho que uno de los cónyuges tiene respecto del otro.

● Acuerdo respecto al monto de la compensación económica celebrado antes de contraer matrimonio. Las partes perfectamente podrían acordar un monto de dinero que uno de los cónyuges deba pagar al otro, a título de compensación económica, en el evento de un divorcio o nulidad. El acuerdo de las partes en cuanto al monto de la compensación económica constituye la regla general y, la Ley de Matrimonio Civil, en ninguna de sus partes señala prohibición respecto al momento de cuando dicho acuerdo se puede tomar, por ello, no se ve inconveniente en que las partes lo acuerden con anterioridad al matrimonio. En el caso, que el cónyuge beneficiario alegue que existió error, fuerza o dolo, deberá probarlo en el juicio de nulidad o de divorcio. Si se

---

[125] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 30.

[126] **Carlos Pizarro Wilson**. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile. Página 30.

comprueba la existencia del vicio del consentimiento, entonces el acuerdo respecto del monto será nulo (se debe recordar que incluso el juez de oficio, puede y debe declararla). Esto mismo se aplica para el caso que el acuerdo verse sobre la forma de pago de la compensación.

• Renuncia de la compensación económica durante la vigencia del matrimonio, pero antes de iniciado el procedimiento de divorcio o de nulidad. Esta situación presenta a los cónyuges durante la vida en común, es decir, antes de realizar el procedimiento destinado a obtener la declaración de nulidad o el divorcio, por ello, la situación es en parte similar al caso en que la renuncia se produce antes del matrimonio. Entonces, lo más probable será que uno de los cónyuges sea quien se imponga respecto del otro y vulnere los derechos que tiene respecto de él. La conclusión es similar al caso mencionado anteriormente: la renuncia no debe ser aceptada ya que no es posible para el juez comprobar que efectivamente no existió presión o vulneración de otro tipo. Se debe tener presente que el juez debe velar por el interés del cónyuge más débil.

• Acuerdo respecto del monto de la compensación económica durante la vigencia del matrimonio pero antes del inicio del procedimiento de divorcio o de nulidad. No existe prohibición legal en cuanto al acuerdo del monto, sobretodo teniendo presente que constituye la regla general en esta materia. Se debe tener presente sin embargo, que se puede invalidar el acuerdo en aquellos casos en que se compruebe la existencia de algún vicio de la voluntad.

4. La Tributación de la Compensación Económica. La Ley de Matrimonio Civil, nada dice respecto a la tributación de la compensación económica, por ello lo primero es determinar si esta institución es o no constitutiva de renta, por lo que hay que tener presenta la Ley de Impuesto a la Renta. El artículo 2 número 1 de la mencionada ley señala lo siguiente: Para los efectos de la presente ley se aplicaran en lo que no sean contrarias a ella, las definiciones establecidas en el Código Tributario y, además, salvo que la naturaleza del texto implique otro significado, se entenderá: 1. Por "renta", los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación.

En un primer acercamiento y de acuerdo al tenor de esta definición, lo obtenido en el patrimonio de una persona en virtud de una compensación económica es renta. Sin embargo, la tributación de la renta tiene dos excepciones: que la renta se encuentre exenta de tributación por expreso mandato de la ley o que el ingreso no sea constitutivo de renta, por lo que debe encontrarse señalado en el artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta.

En el año 2005, entre las opiniones dadas al respecto se encontraba la siguiente: "la conclusión debiera ser que estamos en presencia de una renta tributable. Sin duda se trata de un incremento de patrimonio para el cónyuge que la recibe, toda vez que se le esta "indemnizando", compensando, el menoscabo económico que sufrió por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, lo que le impidió desarrollar una actividad remunerada o

lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo, pero en menor medida de lo que podía y quería. Vale decir, en el fondo se trataría de la indemnización del lucro cesante"[127].

En este mismo sentido, Rubén Celis, agrega que "la renta en comento tributará, además, en el Global Complementario. Considerando que el impuesto de Primera Categoría puede ser imputado al Global Complementario, el tributo que gravaría a la compensación económica podría llegar al 40%"[128].

El mismo año 2005, el Servicio de Impuestos Internos, señala a través del oficio Nº 4.605, que "dicha categoría no puede considerarse, para los efectos de la ley de la renta, como daño emergente, ni tampoco como lucro cesante –La denominada "compensación económica" tiene la calidad de daño moral- ingreso no constitutivo de renta"[129]. El razonamiento ocupado por el SII, fue el siguiente:

- El artículo 17 número 1, de la Ley de Impuesto a la Renta, señala lo siguiente: No constituye renta la indemnización de cualquier daño emergente y del daño moral, siempre que la indemnización por este último haya sido establecida por sentencia ejecutoriada.

- Luego, el artículo 17 número 8, letra g) señala lo siguiente: No constituye renta la adjudicación de bienes en liquidación de sociedad conyugal a favor de cualquiera de los cónyuges o de uno o más de sus herederos, o de los cesionarios de ambos.

- El SII, consideró entonces necesario determinar cual es la naturaleza jurídica de esta institución a los ojos de la Ley de Impuesto a la Renta, para poder considerar si es tributable o no. En este sentido, el SII, "estima que no podría considerarse daño emergente ni lucro cesante pues, sea en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, ambos conceptos suponen, entre otras cosas, una disminución en la esfera patrimonial de la víctima. Así, el daño emergente consistente en la pérdida o disminución patrimonial, actual y efectiva que sufre la víctima; en tanto que el lucro cesante se define como la pérdida del incremento neto que habría tenido el patrimonio de la víctima de no haber ocurrido el hecho por el cual es responsable"[130]. Bajo estos argumentos, el SII, concluye que la naturaleza jurídica de la compensación económica es un daño moral y señala lo siguiente: "el daño moral, a diferencia del daño emergente y lucro cesante, pretende compensar los daños sufridos en la esfera más íntima y, por tanto, no patrimonial de la víctima. No altera lo expuesto el que la propia Ley Nº 19.947 emplee la expresión "menoscabo económico", pues, de lo contrario, la dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común debiera considerase, por sí misma, un daño patrimonial indemnizable. Lo que confiere caracteres extrapatrimoniales a la compensación es el hecho que tales cuidados o labores propias del hogar común pueden restringir o cancelar las posibilidades de un desarrollo personal

---

[127] **Jaime García Escobar** y **Virna Velásquez Garrote.** *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*. Revista Actualidad Jurídica Nº 11-Enero 2005. Universidad del Desarrollo. Año 2005. Santiago de Chile. Página 178.

[128] **Rubén Celis Rodríguez.** *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Página 134.

[129] **Juan Toro Rivera, Director del Servicio de Impuestos Internos.** *Oficio Nº 4.605 de 18 de noviembre de 2005.* Subdirección Normativa del Departamento de Impuestos Directos. Publicación efectuada en el sitio www.sii.cl/Home/LeyRenta2005. Visitado el 10 de octubre de 2006.

[130] **Juan Toro Rivera, Director del Servicio de Impuestos Internos.** *Oficio Nº 4.605 de 18 de noviembre de 2005.* Subdirección Normativa del Departamento de Impuestos Directos. Publicación efectuada en el sitio www.sii.cl/Home/LeyRenta2005. Visitado el 10 de octubre de 2006.

en otras esferas. Por cierto, no es que la imposibilidad o entorpecimiento de una actividad remunerada o lucrativa no tenga efectos económicos; sin embargo, tal como se concibe la compensación analizada, es claro que se pretende compensar el sufrimiento o daño ocasionado en la esfera de los afectos o sentimientos del cónyuge que ha debido renunciar o postergar un proyecto personal de desarrollo profesional o laboral, daño que se manifiesta con ocasión del divorcio o nulidad del matrimonio"[131]. Así entonces, según el artículo 17 número 1 de la Ley de Impuesto a la Renta es un ingreso no constitutivo de renta, siempre que se declare por sentencia ejecutoriada.

• Como se aprecia, para el SII, el ingreso producto de una compensación económica, no es tributable porque considera que su naturaleza jurídica corresponde a un daño moral. Argumentos que no están exentos de crítica, de hecho, Rubén Celis Carrasco, señala lo siguiente: "¿Puede concluirse, racionalmente, que el cónyuge que se dedica al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común sacrificando para ello sus expectativas económicas, que en muchos casos serán hipotéticos o eventuales, cree que esta sufriendo un daño moral?

Bástenos, para dar una acertada e indiscutible respuesta, que esa actividad, regularmente, es desempeñada por la mujer"[132].

• La exigencia para que el daño moral tenga esa característica: es que debe ser declarado por sentencia ejecutoriada. Sin embargo, el ingreso patrimonial de una compensación económica se puede producir por un acuerdo entre las partes, la cual puede tener su origen en escritura pública o en acta de avenimiento, por lo cual no se declarará en la sentencia correspondiente. Este caso, por lo tanto, para el SII es tributable, ya que no cumple la exigencia del artículo 17 número 1 de la Ley de Impuesto a la Renta, con lo cual desincentiva el acuerdo de las partes en esta materia. Producto de esto último, fue que el SII modificó su normativa y declaró a la compensación económica obtenida por el acuerdo de las partes como no tributable (según informaciones del mismo servicio no se alcanzaron a registrar casos).

5. La Prescripción. En cuanto a la prescripción de la compensación económica, la ley no consagró reglas especiales, por lo que se debe aplicar la normativa general en esta materia. Es decir, el artículo 2515 del Código Civil, el cual señala que si se trata de una acción ejecutiva, el derecho prescribe en tres años y si se trata de una acción ordinaria, entonces prescribe el derecho en cinco.

Lo interesante en este caso, será determinar con exactitud en que momento comienza a transcurrir el plazo de prescripción y, para ello habrá que realizar la siguiente distinción:

• Si la compensación económica se logró por acuerdo de los cónyuges, que según la ley, constituiría la regla general, entonces el plazo comenzaría a transcurrir desde que el tribunal respectivo aprobará el acuerdo presentado por las partes, en conformidad al artículo 63, de la Ley de Matrimonio Civil.

---

[131] **Juan Toro Rivera, Director del Servicio de Impuestos Internos.** *Oficio Nº 4.605 de 18 de noviembre de 2005.* Subdirección Normativa del Departamento de Impuestos Directos. Publicación efectuada en el sitio www.sii.cl/Home/LeyRenta2005. Visitado el 10 de octubre de 2006.

[132] **Rubén Celis Rodríguez.** *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Página 136.

• Si la compensación económica se logra en virtud de una sentencia judicial, entonces los plazos de prescripción comenzarían a transcurrir una vez que dicha sentencia se encuentre ejecutoriada.

Conclusión

El presente trabajo fue realizado bajo el presupuesto del desequilibrio económico, es decir, como el fundamento que inunda toda la institución. Teoría seguida por un sector mayoritario de la teoría española y que en mi sentir es el que resulta más adecuado para explicar la normativa chilena.

Como en su momento se apreció, este fundamento es el que sirve para dar vida a todas las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica, tema que no resulta de ninguna manera pacífico, ya que dichas teorías no tienen la característica de ser irrefutables. Dentro de ellas, considero que, la que presenta a la compensación económica como una obligación legal y la relativa a la obligación asistencial, son las que tiene menos sustento, particularmente por las razones esgrimidas en su oportunidad, mientras que las relativas al enriquecimiento sin causa y las indemnizaciones por equidad tiene un grado de fortaleza superior, ya que los requisitos que las configuran son más acordes con la normativa imperante.

El tema de la naturaleza jurídica, lo considero esencial y se hace necesario que los tribunales de justicia tomen una posición al respecto, ya que es la única manera de poder uniformar el otorgamiento o denegación de las compensaciones económicas. En el estudio realizado, pude poner atención de los variados criterios que existen al momento de fallar y que en muchas ocasiones no tiene ningún hilo en común. Según la jurisprudencia consultada, parece ser que la compensación económica se acerca más a un enriquecimiento sin causa que a otra de las teorías expuestas. Y esto es probablemente, por el hecho que explica de mejor manera la razón de existir de esta institución.

Sin embargo, en nuestros tribunales aún parece existir cierta confusión respecto a ciertos conceptos que para la teoría se encuentran definidos, como por ejemplo el relativo al lucro cesante al momento de calcular el monto de la compensación o la naturaleza alimenticia que se le da al requisito de la situación patrimonial de las partes. Respecto de las circunstancias del artículo 62, el reciente trabajo concluyó que no todas ellas sirven para determinar la existencia del menoscabo económico ni el monto o cuantía de la misma, esto porque algunos como la duración del matrimonio carecen absolutamente de contenido patrimonial.

Sin perjuicio de todo lo dicho, luego de adentrarse en esta institución nace la pregunta de porque el legislador la reguló, siendo que es algo completamente inédito en nuestro país. Tal como exprese en el prólogo, durante muchos años Chile vivió al amparo de la nulidad de matrimonio sin que existiera regulación alguna respecto del cónyuge que se encontraba en una situación desmejorada (lo cual no quiere decir que era un ideal). Esta normativa, supuestamente mejorada,

nace mirando el derecho extranjero, sobretodo el español y el francés, en donde hace mucho tiempo existe el divorcio y donde las condiciones, expectativas y preocupación social son completamente distintas a las nuestras. En una ocasión, presencie como un juez de familia al momento de explicar a las partes en que consistía la compensación económica señaló lo siguiente: "al parecer el legislador quiere a través de esta normativa que ambos cónyuges sean buenos padres y ambos trabajen, si esto se da tal cual, ninguno tendría derecho a solicitar una compensación económica".

Pero quizás simplemente la compensación económica obedece al cambio de una técnica legislativa, en la cual se aprecia el daño desde el punto de vista de la víctima y no de su autor.

Bibliografía

Álvaro Vidal Olivares. *La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Segundo Semestre de 2007. Editorial Jurídica de Chile.

Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones*. Volumen I. De las Obligaciones en General y sus Diversas Clases. Segunda Edición Ampliada y Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Año 2001.

Carlos López Díaz. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo 1. Cuarta Edición Actualizada. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. Año 2007.

Carlos Pizarro Wilson. *La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Número 43 (Julio 2006). Santiago de Chile.

Carolina Montecinos Fabio. *Historia de la Ley: La Compensación Económica en la Ley Nº 19.947 que Establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Artículo Publicado en Revista Leyes & Sentencias. Nº 16. 1 al 14 de mayo de 2006. Santiago de Chile.

Cristina Grandal Delgado. *La Valoración Económica del Trabajo Doméstico.* Artículo Publicado en el libro La Situación Jurídica de la Mujer en los Supuestos de Crisis Matrimonial. IV Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Departamento de la Mujer del Excelentísimo Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Cuarta Edición de 1996.

González de Chávez. *Familia, Maternidad y Paternidad*. Alcalá de Henares, 1995.

Gustavo Cuevas M. *Indemnizaciones Reparatorias de la Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regimenes Matrimoniales.* Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Año 2004. Santiago de Chile.

Eduardo Soto Kloss. *Derecho Administrativo*. Bases Fundamentales. Tomo II. El Principio de Juridicidad. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Año 1996.

Fernando Antonio Campos Ponce. *Algunos Problemas del Divorcio y de la Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Número 13. Año 2005.

Herminia Campuzano Tomé. *La Pensión por Desequilibrio Económico en los Casos de Separación y Divorcio.* Editorial Bosch. España. Año 1986.

Hernán Corral Talciani. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual.* Editorial Jurídica. Santiago de Chile. Año 2004.

Hernán Troncoso Larrondo. *Derecho de Familia*. Editorial Lexis Nexis. Fondo de Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Novena Edición. Santiago de Chile.

Jaime García Escobar y **Virna Velásquez Garrote.** *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*. Revista Actualidad Jurídica Nº 11-Enero 2005. Universidad del Desarrollo. Año 2005. Santiago de Chile.

Javier Barrientos Grandón y Aranzazu Novales Alquezar. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile. Año 2004.

Jorge Mosset Iturraspe, Aida Kemelmajer de Carlucci, Carlos A. Ghersi, Gariel A. Stiglitz, Carlos Parrellada y Carlos A. Echevesti. *Responsabilidad Civil*. Editorial Hammurabi. Segunda Reimpresión. Buenos Aires. Año 1997.

José Luís Zavala Ortiz y Carolina Montecinos Fabio. *Jurisprudencia Divorcio*. Cese de Convivencia. Compensación Económica. Procedimientos. Edición Actualizada 2007. Editorial PuntoLex S.A. Santiago de Chile. Año 2007.

Juan Andrés Orrego Acuña. *La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VIII. Número 8. Año 2004. Santiago de Chile.

Juan Andrés Orrego. *Temas de Derecho de Familia*. Editorial Metropolitana. Santiago de Chile. Año 2007.

Luís Diez.Picazo. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Segunda Edición. Editorial Tecno. Madrid. Año 1983.

Pablo Rodríguez Grez. Artículo titulado *Ley de Matrimonio Civil. Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil.* Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Santiago. Año 2004.

Pamela Prado López. *Repercusión Económica en la Crisis Matrimonial*. Revista Escuela de Derecho. Sede Valparaíso. Universidad del Mar. Año 2005.

Pilar de la Haza Díaz. *La Pensión de Separación y Divorcio*. Editorial La Ley. Madrid. Año 1989.

Patricio Véliz Môller. *Divorcio, Nulidad y Separación: Los Caminos Frente a la Ruptura*. Editorial Cerro Manquehue. Año 2004

Ramón Domínguez Aguila. *La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*. Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo.

René Abeliuk Manasevich. *Las Obligaciones*. Tomo I. Cuarta Edición Actualizada y Aumentada. Editorial Jurídica de Chile. Año 2001. Santiago de Chile.

Rubén Celis Rodríguez. *Algunos Problemas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Revista Actualidad Jurídica Nº 15. Enero 2007. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile.

Susan Turner Saelzer. *Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Artículo Publicado en el Libro Estudios de Derecho Civil. "Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil". Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coordinadores Juan Andrés Varas Braun y Susan Turner Saelzer. Editorial Lexis Nexis. Valdivia. Año 2005.

Waldo Enrique Figueroa Vásquez. *La Acción de Enriquecimiento Sin Causa*. Fundación Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. Año 1997.

Textos Internet.

Agustín Cañete Quezada. *La Pensión Compensatoria. Una Visión de Futuro.* Texto Publicado en www.porticolegal.com, visitado el 20 de noviembre de 2006.

Ana María Rivera A. *El Beneficio de la Compensación Económica*. Artículo Publicado en Servicios Mundo Mujer. www.mundomujer.cl. Visitado el 10 de Octubre de 2006.

Juan Toro Rivera, Director del Servicio de Impuestos Internos. *Oficio Nº 4.605 de 18 de noviembre de 2005.* Subdirección Normativa del Departamento de Impuestos Directos. Publicación efectuada en el sitio www.sii.cl/Home/LeyRenta2005. Visitado el 10 de octubre de 2006.

Senado de la República de Chile. *Moción que modifica la Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947 y de Tribunales de Familia Nº 19.968 con el propósito de facilitar el divorcio de común acuerdo y otros aspectos procedimentales.* Boletín Nº 4985-07 de 12 de septiembre de 2007. Extraído de sitio www.senado.cl Visitado el 20 de octubre de 2007.

Susan Turner Saelzer. *Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil*. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen XVI. Julio 2004. Versión on-line www.scielo.cl Visitado el 20 de agosto de 2006.

Jurisprudencia

Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Rol Número: 2147-2006. Fecha 21 de junio de 2006. Pronunciada por la Cuarta Sala. Publicada en el sitio www.lexisnexis.com Visitado el 05 de marzo de 2007.

Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Fecha: 16 de julio de 1919. Revista de Derecho y Jurisprudencia. *Tomo XVII*. Segunda Parte, Sección 2. Página 12.

Ilustre Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol Número: 1.016-2006. Fecha: 06 de diciembre de 2006. Redactada por el abogado integrante señor Alfonso Leppes Navarrete. Publicada en el sitio http://iurischile.com Visitado el 20 de febrero de 2007.

Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago. Título del Fallo: *Compensación Económica de Cónyuge que No Pudo Desarrollar Actividad Remunerada Durante el Matrimonio. Naturaleza. Parámetros par su Determinación.* Número de Rol: 2863-2006. Número de Gaceta: 317. Página 190. Fecha: 06 de noviembre de 2006. Redacción del Ministro señor Silva.

Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago. Número de Rol: 676-2006. Fecha: 26 de enero de 2007. Redactada por la abogada integrante señora Andrea Muñoz.

Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago. Considerando 5. Número de Rol: 10.333-2005. Fecha 24 de enero de 2007. Redactada por la abogada integrante señora Muñoz. Publicada en el sitio http://jurischile.com Visitado el 20 de febrero de 2007.

Juzgado de Familia de Viña del Mar. Causa RIT: C-1381-2006. RUC: 06-2-0098220-5. Fecha: 14 de mayo de 2007. Dictada por doña por doña Paula Pilar Navarro Arteaga, Juez de Familia de Viña del Mar.

Índice

Pág.

Prólogo..... 3

Capítulo 1. Ámbito de aplicación de la compensación económica y de las diferencias y semejanzas con otras figuras.....7

Ámbito de Aplicación de la Compensación Económica..... 8
De las Diferencias y Semejanzas con Otras Figuras..... 10
1. Comparación con el Derecho de Alimentos.....10
2. Comparación con la Responsabilidad Civil con Culpa..... 13
3. Comparación con el Enriquecimiento sin Causa..... 15

Capítulo 2. Fundamento de la compensación económica, la autosuficiencia del cónyuge más débil, el sacrificio del cónyuge más débil, naturaleza jurídica, concepto de la compensación económica..... 17

Fundamento de la Compensación Económica.....17
La Autosuficiencia del Cónyuge Más Débil.....20
El Sacrificio del Cónyuge Más Débil..... 21
Naturaleza Jurídica..... 23
1. Obligación Legal..... 24
2. Enriquecimiento sin Causa..... 27
3. Obligación Asistencial o de Derecho de Familia..... 34
4. La Indemnización por Equidad..... 36
Concepto de Compensación Económica..... 40

Capítulo 3. Una explicación previa, presupuestos para que se otorgue la compensación económica, análisis de los requisitos que se consideran en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, forma de calcular la compensación económica..... 42

Una Explicación Previa.....42
Presupuestos para que se Otorgue la Compensación Económica..... 45

1. La existencia del matrimonio..... 46
2. Que en el juicio correspondiente se de lugar al divorcio o a la nulidad..... 46
3. Que uno de los cónyuges se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común..... 48
Algunas Situaciones que se pueden Presentar..... 50
4. Que como consecuencia del requisito anterior uno de los cónyuges no pueda desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo haga en menor medida de lo que podía y quería..... 53
Algunas Situaciones que se pueden Presentar..... 56
Una Última Consideración..... 57
5. El menoscabo económico..... 58
Análisis de los requisitos que se consideran en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil..... 63
Objetivo y Ámbito de Aplicación..... 63
1. La Duración del Matrimonio y de la Vida en Común de los Cónyuges..... 64
2. La Situación Patrimonial de los Cónyuges..... 65
3. Apreciación de esta circunstancia..... 70
4. La Buena o Mala Fe..... 72
5. La Edad y el Estado de Salud del Cónyuge Beneficiario..... 75
6. Su Situación en Materia de Beneficios Previsionales y de Salud..... 77
7. Su Cualificación Profesional y Posibilidades de Acceso al Mercado Laboral..... 80
8. La Colaboración que Hubiere Prestado a las Actividades Lucrativas del Otro Cónyuge..... 82
Forma de Calcular la Cuantía de la Compensación Económica..... 84

Capítulo 4. Del pago de la compensación económica, de la sanción al cónyuge culpable, otras consideraciones..... 90

Del Pago de la Compensación Económica..... 90
De la Sanción al Cónyuge Culpable..... 94
Otras Consideraciones..... 96
1. Oportunidad para Solicitar la Compensación Económica..... 96
2. La Transferencia y Transmisión de la Compensación Económica..... 96
3. La Renuncia y Las Capitulaciones Matrimoniales..... 97
4. La Tributación de la Compensación Económica..... 99
5. La Prescripción..... 101

Conclusión.....102

Bibliografía..... 104

Índice.....107