



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL MENOSCABO EN LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DE LA LEY DE  
MATRIMONIO CIVIL**

**Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales**

**ALUMNO**

**Rodrigo Antonio Olivares Tscherebilo**

**PROFESOR GUÍA**

**Ambrosio Rodríguez Quirós**

**Santiago, Chile**

**2008**

## INDICE

|   |    |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN.....   | 4  |
| CAPÍTULO I.....   | 6  |
| LA COMPENSACION ECONÓMICA .....   | 6  |
| CONCEPTO.....   | 6  |
| FUNDAMENTO.....   | 8  |
| NATURALEZA JURIDICA .....   | 11 |
| LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO DERECHO DE ALIMENTOS .....                   | 11 |
| LA COMPENSACION ECONOMICA COMO SOLUCION A UN DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL..... | 16 |
| LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.....             | 18 |
| REGIMEN APLICABLE .....   | 20 |
| REQUISITOS.....   | 21 |
| COPULATIVIDAD DE LOS ARTICULOS 61 Y 62.....                                 | 22 |
| CAPÍTULO II.....  | 25 |
| MENOSCABO ECONOMICO .....   | 25 |
| CONCEPTO.....   | 28 |
| DOCTRINA Y DERECHO COMPARADO.....   | 29 |
| DERECHO FRANCES .....   | 30 |
| DERECHO ESPAÑOL.....  | 33 |
| DERECHO INGLES .....  | 37 |
| DERECHO ALEMAN.....   | 40 |
| DERECHO NORTEAMERICANO.....   | 42 |
| CAPÍTULO III.....   | 45 |
| ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL MENOSCABO ECONOMICO.....                        | 45 |
| PROCEDENCIA Y CUANTÍA DE LA COMPENSACIÓN .....                              | 45 |
| DURACION DEL MATRIMONIO Y LA VIDA EN COMUN DE LOS CONYUGES                  | 47 |
| SITUACION PATRIMONIAL DE LOS CONYUGES.....                                  | 49 |

|   |    |
|---|----|
| BUENA FE .....  | 52 |
| EDAD Y ESTADO DE SALUD DEL CONYUGE BENEFICIARIO.....                            | 52 |
| SITUACION EN MATERIA DE BENEFICIOS PREVISIONALES Y DE SALUD .                   | 55 |
| CUALIFICACION PROFESIONAL Y POSIBILIDADES DE ACCESO AL<br>MERCADO LABORAL ..... | 55 |
| COLABORACION A LAS ACTIVIDADES LUCRATIVAS DEL OTRO CONYUGE<br>.....             | 57 |
| CAPITULO IV .....   | 58 |
| JURISPRUDENCIA .....  | 58 |
| CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. CAUSA ROL 1016-1006. .                     | 59 |
| CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. CAUSA ROL 4784-2007.....                      | 64 |
| CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. CAUSA ROL 6710-2006.....                      | 67 |
| CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGSTA. CAUSA ROL 1680-2006.....                    | 70 |
| CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. CAUSA ROL 744-2005 ....                    | 73 |
| CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. CAUSA ROL 7207-2006.....                      | 75 |
| CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGSTA. CAUSA ROL 1317-2006.....                    | 79 |
| CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. CAUSA ROL 792-2007 .....                    | 83 |
| CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. CAUSA ROL 1576-2006.....                      | 85 |
| CONCLUSIONES .....  | 89 |
| BIBLIOGRAFIA.....   | 92 |

## INTRODUCCIÓN

El contexto de esta investigación se enmarca en la nueva institucionalidad que introdujo a la legislación nacional la ley 19.947, que vino a reformar las normas que hasta el año 2004 regulaban el matrimonio civil en Chile.

Dentro de las modificaciones mas importantes al régimen anterior está la introducción del divorcio con disolución del vínculo, que permite a quien ostente dicho estado civil contraer matrimonio nuevamente, la figura de la separación judicial, y mas importante, al menos para este estudio, la creación de un nuevo efecto patrimonial del matrimonio, que tendrá efecto sólo ante la terminación del mismo, a saber, la compensación económica.

Este efecto patrimonial tiene como finalidad primordial la protección al cónyuge más débil luego del término de la relación marital, atendido a que generalmente, los años de entrega por parte de uno de los cónyuges al desarrollo de la familia terminan por posicionarlo en una situación considerablemente desmejorada respecto al otro cónyuge, cuando de rehacer su vida se trata.

La ley no podía alienarse a este efecto propio del término de un matrimonio, y por tanto, la segregación del núcleo familiar, por lo cual incorpora esta nueva institución en el derecho nacional, a fin de dar una solución a tan grave predicamento: que hacer cuando ya no puede dependerse económicamente del cónyuge para mantenerse a sí mismo y a la familia común, atendido los años que duró el matrimonio y la dedicación a las labores del hogar.

Esta nueva institución, luego de un intenso debate legislativo, en el cual se discutió profusamente sobre cual sería su fundamento, naturaleza jurídica, y régimen legal, termina por considerarse como la obligación de uno de los cónyuges

al cumplimiento de una prestación a favor del otro, por el menoscabo económico que este último sufre por el hecho de terminar el matrimonio, además de otros requisitos que se analizarán en su oportunidad.

Siendo así las cosas, es de sumo interés conocer que se entiende efectivamente por menoscabo económico, a la luz de las sesiones legislativas, lo que la doctrina ha entendido por éste, tanto a nivel nacional como comparado, y como ha sido entendido este concepto por la jurisprudencia nacional.

Como se verá, el menoscabo económico viene a ser la piedra angular de esta nueva institución, atendido a que luego de los citados debates parlamentarios, se dejó de lado la concepción que sí recogen otras legislaciones, en cuanto a otorgar al cónyuge mas débil una acreencia alimentaria sobre el cónyuge deudor, para recoger un concepto, no de indemnización, pero si de compensación por el menoscabo que el primero haya sufrido. Y precisamente en la forma de entender el menoscabo que parte de la jurisprudencia debiera reorientar su forma de entender la institución, por cuanto en una gran parte de los casos se limita a considerar los requisitos del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, cuando, por expresa disposición de la ley, para que proceda la acción será siempre necesario ahondar todos los elementos del artículo 62, muchas veces aplicado sólo para efecto de cuantificar el monto, pero no como parte integral de los requisitos de procedencia.

Es por ello que este estudio pretende dar luces sobre los elementos que lo componen y cual debiera ser su correcta interpretación, como a su vez ver como éstos se relacionan, y se limitan entre sí.

# CAPÍTULO I.

## LA COMPENSACION ECONÓMICA

### CONCEPTO

Con la entrada en vigencia de la Ley 19.947, se modifica todo el régimen legal concerniente a la institución del matrimonio, introduciendo en la normativa nacional nuevos elementos e instituciones como el divorcio con disolución del vínculo, y agregando un nuevo efecto patrimonial del matrimonio, para los casos de nulidad o divorcio, saber, la compensación económica.

Así establece la ley en su capítulo VII, ***De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio.***

#### ***1. De la compensación económica***

**Artículo 61.-** *Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.*

Si bien la norma transcrita se encuentra ubicada en el capítulo referido a las reglas comunes a los casos de separación, nulidad y divorcio, se entiende que sólo

tendrá aplicación en los dos últimos casos<sup>1</sup>, atendido principalmente a que el estado de separación judicial no exime a los cónyuges de su obligación alimenticia<sup>2</sup>.

Partiendo de esta base, podemos definir a la compensación económica del artículo 61 de la ley de matrimonio civil, como la prestación a la que tiene derecho el cónyuge más débil de la relación, que por haberse dedicado a las labores propias del hogar común o la crianza de los hijos, no ejerció actividad remunerada durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que quería y podía, y que por esta causa sufre un menoscabo económico que debe ser compensado.

Para poder entender como funciona esta institución, será necesario comprender su fundamento, su naturaleza jurídica, y cual es su régimen legal.

---

<sup>1</sup> Así razona la Comisión de Constitución del Senado, al señalar en este sentido respecto de la separación judicial: “No solamente se mantiene el vínculo, sino que también algunos efectos especialmente de orden económico, como son los alimentos entre los cónyuges y los derechos hereditarios, lo que no ocurre con el divorcio y la nulidad. La compensación económica obedece a una lógica distinta, porque al haber divorcio o nulidad se perderán los derechos de alimentos y los hereditarios, así como otros beneficios previstos para el cónyuge, tales como los relacionados con prestaciones de salud o de carácter previsional, lo que no ocurre con la separación.” Historia de la Ley 19.947, página 599. En <http://www.bcn.cl>.

<sup>2</sup> Para la mayoría de la doctrina, la persistencia del deber de socorro, y su natural consecuencia, el deber de alimentos para con el cónyuge, impediría su procedencia para los casos de separación judicial, En este sentido, Pizarro Wilson: “Debiera inclinarse el intérprete por descartar la compensación económica en caso de separación judicial, ya que ésta no pone término al deber de socorro y, en consecuencia, persiste el deber de alimentos entre los cónyuges.” PIZARRO WILSON, Carlos. *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*. Revista de Derecho Privado nº 3. 2004. En <http://www.udp.cl/fueyo/investigación.htm>.

## FUNDAMENTO

Antes de considerar el fundamento de la institución cabe preguntarse cual es la problemática que ésta busca solucionar. En este sentido, es certero aseverar que en la gran mayoría de las relaciones conyugales una de las partes verá relegado su desarrollo profesional, al menos durante un tiempo, o en cierta medida, a favor de las necesidades de la familia. La regla general es que exista un elemento proveedor, y otro dedicado al cuidado de la familia.

La situación descrita necesariamente irroga en quien se dedica a las labores familiares una disparidad patrimonial frente a quien puede y debe desarrollarse laboral y profesionalmente para hacer frente a las necesidades económicas de la misma. Y es precisamente dicha disparidad a la cual se pretende hacer frente, ya que el término del matrimonio puede llegar a impedir que uno de los cónyuges enfrente el futuro de manera independiente. Esta situación de hecho no puede ser ajena al derecho, ante lo cual surge esta institución, a fin de poder compensar el menoscabo que sufrió el cónyuge por la imposibilidad de agregarse valor en el mercado laboral, por el hecho de haberse dedicado al cuidado de la familia.

La institución del matrimonio contiene una serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges, que conforman de cierta forma el estatuto protector del cónyuge, dentro de los cuales están: a) la calidad de legitimario del cónyuge, b) la posibilidad de demandar alimentos que aseguren su adecuada subsistencia, c) la posibilidad de declarar bien familiar la principal residencia de la familia común, d) beneficios previsionales y de salud.

La pérdida de estos derechos frente a una nulidad o divorcio genera la pérdida de un importante activo, toda vez que, ora hayan ejercido, ora se trate de meras expectativas, suponen parte del haber del cónyuge que se ha dedicado a las



labores del hogar y la familia, que de un momento a otro ve imposibilitado de ejercer, ya que el término del matrimonio le quita la legitimidad para poder hacerlo.

Así, el título VI del Libro I del Código Civil enumera las obligaciones y derechos entre los cónyuges, y señala en su artículo 131, inciso 1º:

**Art. 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.*

Además, el artículo 321, al señalar a quienes se deben alimentos por ley, establece en su primer numeral al cónyuge.

Como versa la norma, es obligación de los cónyuges ayudarse y socorrerse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Al referirse a “todas las circunstancias de la vida”, se refiere precisamente a las que acontezcan en su vida como matrimonio.

Si bien se discute en doctrina la inclusión de la obligación alimenticia dentro del mismo deber de socorro<sup>3</sup>, para estos efectos, se considerará que ambas obligaciones tienen la misma finalidad, a saber, proveer a las necesidades de la familia en la medida que sus facultades les permitan.

Uno de los efectos de declarar terminado el mismo por nulidad o divorcio es caducar ciertos derechos y obligaciones conyugales, dentro de los cuales se encuentra el deber de socorro.

---

<sup>3</sup> En este sentido, el profesor Ramos Pazos señala “... que una consecuencia de ser diferentes socorro y alimentos, es que no rige para el socorro la limitación del 50 % de las rentas del alimentante...” RAMOS PAZOS, Rene. *Derecho de Familia*. Ed. Jurídica. Santiago. 2005

Al terminar el deber de socorro y la obligación alimenticia, uno de los cónyuges, quien fuera titular de éste durante la vigencia de la relación, se verá en una condición de desmedro, principalmente económico, ya que no podrá ejercerlos, toda vez que carecerá de legitimidad activa. Estos terminan con la declaración de nulidad o divorcio. Siendo el caso que el cónyuge afectado no pudo desarrollarse, o siquiera insertarse en el mercado laboral, existe una seria posibilidad que el término del matrimonio le importe un perjuicio, ya que no podrá, al menos en principio, adecuarse a esta nueva realidad, en la cual carece del apoyo económico de su cónyuge.

Es por ello que la compensación no se aplica al estado de separado judicialmente, ya que éste no revoca la posibilidad de solicitar los alimentos que se deben por ley, por lo que el cónyuge aún podrá demandar de alimentos si en la especie procede la acción.

Y por ello es que viene a ser el elemento más importante que justifica la creación de esta institución<sup>4</sup>, ya que en el desarrollo de un matrimonio, las circunstancias propias del mismo y del desarrollo de una familia importan la relegación de uno de los cónyuges en su aspecto profesional y laboral. Difícilmente podría considerarse una familia en la cual ambos cónyuges se desarrollan plenamente, relegando a un plano secundario e igualitario entre sí las labores de hogar y la crianza de los hijos comunes.

En estos casos, es el derecho el llamado a solucionar un problema de esta entidad, ya que el sacrificio de una de las partes a favor de la familia no puede

---

<sup>4</sup> En este sentido, la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en sentencia de fecha 20 de marzo de 2008, razona en su considerando 3º: "Que la compensación económica contemplada en la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, es un mecanismo por el cual se busca proteger al cónyuge más débil, dado el desequilibrio económico que se puede producir al cesar el deber de socorro que tienen los cónyuges entre sí y en particular la obligación de proporcionarse alimentos".

desconocerse, especialmente en el caso que deba enfrentar una nueva realidad separada de su cónyuge, imposibilitada de ejercer los derechos de los que antes era titular. Todo ello supone un menoscabo, el cual deberá compensarse.

## **NATURALEZA JURIDICA**

La cuestión referida a la calificación jurídica de esta institución no ha sido un tema exento de debates, ya que la ley sólo entrega las reglas a las cuales esta estará sujeta, mas no entrega nociones sobre su naturaleza. Por ello, la doctrina ha intentado dilucidar si es posible encuadrarla en alguna categoría ya existente, para poder así tener normas que la informen en caso de que sea necesario, o si es que simplemente se trata de una nueva categoría, ajena a otras anteriores, que posee un régimen legal propio y autosuficiente.

Las posiciones en la doctrina, tanto nacional como comparada, se dividen principalmente en dos: quienes consideran a la prestación compensatoria como una de carácter alimentario, y quienes la asimilan a una prestación emanada de la responsabilidad civil. Lo anterior, claramente, sin considerar a quienes estiman que ésta tiene una naturaleza propia, por lo que no cabe homologarla a categorías comunes.

## **LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO DERECHO DE ALIMENTOS**

Según consta de las actas de las sesiones del Senado, los senadores Chadwick, Romero y Díez, al tratar el tema de la protección legal del cónyuge mas débil, consideraron razonable que “el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos

comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione alimentos durante un plazo que no excederá de cinco años, contados desde que queda ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad”.<sup>5</sup>

En el mismo sentido anterior, la indicación presidencial sobre este respecto recogió en su oportunidad la posibilidad de adoptar, en caso que uno de los cónyuges vea imposibilitada su mantención, las siguientes medidas:

“a) Proceder a la declaración de bienes familiares.

b) Constituir derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que hubieran conformado parte del patrimonio familiar de los cónyuges.

c) Determinar el pago de un monto o una pensión compensatoria por un período de tiempo que no exceda los cinco años, contados desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio.”<sup>6</sup>

Incluso la señora Delpiano, ministra del Servicio Nacional de la Mujer, al ser consultada por el senador Diez en el segundo trámite constitucional, en cuanto a la pensión en comento, respondió “... que se otorgaría hasta por cinco años, porque se está considerando en el proyecto una compensación económica al momento de la separación de bienes. Aclaró también que esta última no son alimentos. Hay compensación y hay pensión de alimentos hasta por cinco años de ocurrido el término del matrimonio.”<sup>7</sup>

Así, existía en la época<sup>8</sup> la intención de establecer a favor del cónyuge más débil una suerte de “pensión compensatoria”, por un período determinado, que le permitiera desarrollarse de manera autónoma. La ministra del SERNAM además

---

<sup>5</sup> Historia de la Ley 19.947, página 587. <http://www.bcn.cl>

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> Ídem, página 412.

<sup>8</sup> Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado de fecha julio 09 de 2003.

sugirió que dicha autonomía fuera garantizada por medio de una compensación, independiente de la pensión mencionada.

La importancia de la discusión parlamentaria en la instancia mencionada fue que, al discutirse si debiera tratarse de una obligación alimenticia o una prestación indemnizatoria, se llega por primera vez al concepto de menoscabo económico. Así, según expone el senador Viera - Gallo, “las leyes de Francia, Alemania, España, y dentro de ella Cataluña, no contemplan plazos para la indemnización, porque en realidad se produce un menoscabo y la compensación está pensada para que el cónyuge pueda subsistir dignamente”.

En principio, existen varios elementos que podrían llevar a considerar a la compensación como una prestación alimenticia:

- a) La consideración de la situación patrimonial de los cónyuges para su determinación.
- b) La posibilidad de dividirlos en cuantas cuotas fuere necesario.
- c) La aplicación de las normas de cumplimiento compulsivo para este efecto.

Sin embargo, estos elementos no pueden caracterizarla como tal, ya que en primer término, el elemento mas importante para la determinación de la procedencia de la compensación será el menoscabo económico sufrido por el cónyuge, el cual supone como elemento para establecer su procedencia y cuantía, la situación patrimonial de las partes. Así, no interesa cual es la situación patrimonial por sí, si no si ella incide en el juicio de determinación de existencia de menoscabo económico.

Por otro lado, la división en cuotas supone la división de un monto establecido con anterioridad, el cual puede dividirse para facilitar su cumplimiento. No se trata de cuotas fijadas por un lapso de tiempo, sino hasta la satisfacción del

monto establecido como compensación. Además, la inmutabilidad del monto de la compensación lo aleja insalvablemente de la idea de una prestación alimenticia.

Finalmente, la ley asimila la compensación a los alimentos para efectos de su cumplimiento, sólo eso. No se trata de una prestación alimentaria, pero por la efectividad de las normas sobre cumplimiento compulsivo de éstas es que la ley permite la aplicación de este régimen legal.

La jurisprudencia tampoco ha estado ajena a esta discusión. La Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa Rol 1119-2007 establece en su considerando décimo segundo “Que la institución de la compensación económica, que no tiene naturaleza alimenticia, aun cuando tenga algunas semejanzas con el deber de socorro...”<sup>9</sup>. En este mismo sentido opina la Corte de Apelaciones de Santiago, al señalar que “Desde ya, se estima dejar establecido que la compensación económica no son alimentos, sólo se le asimila a ellos para los efectos del cumplimiento de su pago<sup>10</sup>”.

Finalmente, como lo señaló en el período de discusión el senador Espina, conviene considerarlas como alimentos para efectos tributarios, para que puedan eximirse del pago de impuesto a la renta, ya sea en la forma de cuotas o como una suma de dinero única. Si bien en un principio el Servicio de Impuestos Internos efectivamente consideraba a la compensación económica como objeto de impuesto a la renta, el mes de abril del año en curso se declaró su exención, agregando en el numeral 31 del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, “Las compensaciones

---

<sup>9</sup> Reproducida en sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de octubre de 2007, en <http://www.legalpublishing.cl>

<sup>10</sup> Considerando 7°, sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 12 de julio de 2007, reproducida en sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de octubre de 2007.

económicas convenidas por los cónyuges en escritura pública, acta de avenimiento o transacción, y aquellas decretadas por sentencia judicial”<sup>11</sup>.

La idea de establecer una prestación compensatoria de carácter alimenticio en beneficio del cónyuge mas débil la recogen varias legislaciones, atendido a que supone que sólo por medio de esta institución jurídica se le entregan a éste los medios para poder solventar sus necesidades básicas, las cuales de otra forma no podría hacerlo, ya que por causa de la disolución del vínculo queda en una situación comparativa considerablemente desmejorada para su subsistencia. No se considera el eventual perjuicio que pudiera haber sufrido, sino las necesidades que tiene a futuro para poder subsistir. En este sentido, el Revised Code of Washington (RCW), compilación de todas las normas vigentes del Estado, establece en si Título 26, Capítulo 26.09, Sección 26.09.090, que la Corte podrá otorgar una orden de mantenimiento para alguno de los cónyuges, en el monto y período de tiempo que estime justo<sup>12</sup>. Ello, sin perjuicio de la división de los bienes de los cónyuges, que son objeto de un proceso de división que atiende a otros factores.

---

<sup>11</sup> Circular nº 18, de fecha abril 03 de 2008 del Servicio de Impuestos Internos, sobre tratamiento tributario frente a las normas de la ley de la renta de las compensaciones económicas pagadas a los cónyuges, conforme a las disposiciones de la ley nº 19.947, de 2003, sobre nueva ley de matrimonio civil, en <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2008/circu18.htm>.

<sup>12</sup> “In a proceeding for dissolution of marriage or domestic partnership, legal separation, declaration of invalidity, or in a proceeding for maintenance following dissolution of the marriage or domestic partnership by a court which lacked personal jurisdiction over the absent spouse or absent domestic partner, the court may grant a maintenance order for either spouse or either domestic partner. The maintenance order shall be in such amounts and for such periods of time as the court deems just, without regard to misconduct, after considering all relevant factors including but not limited to: (a) The financial resources of the party seeking maintenance, including separate or community property apportioned to him or her, and his or her ability to meet his or her needs independently, including the extent to which a provision for support of a child living with the party includes a sum for that party; (b) The time necessary to acquire sufficient education or training to enable the party seeking maintenance to find employment

También es considerado de esta forma por la legislación argentina, señalándose que “Igualmente, cabe ponderar que el deber alimentario, como efecto, tiene iguales alcances en la separación personal y en el divorcio vincular (art. 217, Cod. Civ.). Ello nos pone de resalto que el matrimonio es un vínculo de tal naturaleza que aún el divorcio que pretende "disolver" no puede extinguir. En efecto, si la ley pudiera borrar totalmente la institución matrimonial no tendría que admitir la subsistencia del deber de asistencia en su aspecto alimentario, que puede alcanzar aún al culpable del divorcio....”<sup>13</sup>

## **LA COMPENSACION ECONOMICA COMO SOLUCION A UN DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL**

Muchas legislaciones consideran que el término del matrimonio supone un perjuicio patrimonial que debe solucionarse por medio de la división equitativa de los bienes de los cónyuges.

En este sentido, el ya mencionado RCW establece en su sección 26.09.080:

“Disposición de la propiedad y los pasivos – Factores

---

appropriate to his or her skill, interests, style of life, and other attendant circumstances; (c) The standard of living established during the marriage or domestic partnership; (d) The duration of the marriage or domestic partnership; (e) The age, physical and emotional condition, and financial obligations of the spouse or domestic partner seeking maintenance; and (f) The ability of the spouse or domestic partner from whom maintenance is sought to meet his or her needs and financial obligations while meeting those of the spouse or domestic partner seeking maintenance. En <http://apps.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.09.090>.

<sup>13</sup> MENDEZ COSTA, María, HUGO D'ANTONIO, Daniel. Derecho de Familia, Vol. 2. Página 475. Ed. Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 2001



En un procedimiento de disolución de matrimonio o de asociación doméstica, separación legal, declaración de nulidad, o en un procedimiento de disposición de la propiedad posterior a la disolución del matrimonio, asociación doméstica, por una Corte con efectiva jurisdicción personal sobre el cónyuge ausente, o sobre el concubino, o con efectiva jurisdicción para la disposición de la propiedad y de los pasivos, la Corte deberá, sin consideración a la mala conducta, efectuar dicha disposición de la propiedad y pasivos de las partes, sean comunitarios o personales, de la manera que le parezca justo y equitativo después de considerar todos los factores relevantes, incluidos, mas no limitado, a : 1) La naturaleza y extensión de la propiedad comunitaria. 2) La naturaleza y extensión de la propiedad separada. 3) La duración del matrimonio o comunidad doméstica. 4) La situación económica de cada cónyuge o concubino al tiempo de la división de la propiedad a fin de que ella sea efectiva, incluida la conveniencia de otorgar a una de las partes la propiedad familiar o el derecho a vivir en ella por un período razonable de tiempo, a quien mantenga la mayoría del tiempo a los hijos”<sup>14</sup>.

Así, el Estado de Washington permite una división de los bienes de ambos cónyuges considerando especialmente la posición económica de éstos al momento de terminar el matrimonio, por lo que el diferencial patrimonial será un elemento vital al momento de dar cumplimiento a la norma legal. Como dice la misma, debe considerarse especialmente los bienes comunes, los propios, y la situación económica, a fin de dejarlos en un plano de igualdad. No se considera el perjuicio o menoscabo que se pueda haber sufrido, sino simplemente cual es la situación al término de la relación.

También se consideró esta situación en el debate parlamentario, pero al punto de estimar que no podía ser el elemento rector de la compensación. En este sentido apunta el senador Viera – Gallo, al señalar que “... el cónyuge beneficiario tiene que demostrar que sufre un gravísimo menoscabo. No se trata de que un

---

<sup>14</sup> RCW sección 26.09.080. Traducción libre.

cónyuge sea más rico que el otro, porque se compensará el menoscabo económico, es decir, el hecho de que uno de los cónyuges deje de vivir en las condiciones en que estaba viviendo al momento del divorcio, y ese menoscabo tiene que ser significativo<sup>15</sup>,

La idea de crear una institución de esta naturaleza no se justifica si la intención del legislador era reparar el perjuicio que la parte mas débil de la relación sufre por causa del divorcio o nulidad. Al eruir este elemento como rector para la procedencia de la compensación económica, malamente podía calificársele jurídicamente como una forma de solución al simple desequilibrio de patrimonios. La intención del legislador fue siempre compensar al cónyuge que por causa de la disolución del matrimonio sufrió un perjuicio. Siendo así las cosas, la diferencia de patrimonios no puede ser un elemento por si sólo para cuantificar el daño sufrido, ya que se trata de una mera diferencia en el patrimonio final, que no refleja de manera alguna el perjuicio real de la parte solicitante, pero si puede informar para la determinación de la existencia y cuantía del menoscabo, según dispone el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil.

## **LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO INDEMNIZACION DE PERJUICIOS**

En el proceso de discusión de la ley, en varias ocasiones se sugirió por sus participantes que debiera considerarse como una acción indemnizatoria. La misma ministra Delpiano señaló en su oportunidad que “si uno de los cónyuges se dedicó al cuidado de los hijos, las prestaciones de que se trata deben considerarse una compensación por el lucro cesante que le significó no poder trabajar por muchos años”<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Historia de la Ley 19.947, página 593. Op cit.

<sup>16</sup> Historia de la Ley 19.947, página 590. Op. Cit.

Si bien es posible llegar a considerar que se trata de una prestación indemnizatoria, atendido a que la intención es obtener el cumplimiento equivalente de un perjuicio, debiera efectuarse un análisis más cercano respecto de los requisitos propios de la responsabilidad civil, para así dilucidar si se trata propiamente de una indemnización.

Los principales elementos que configuran la responsabilidad extracontractual son el hecho voluntario, a saber, una acción u omisión; la presencia de culpa o dolo; la existencia de un daño que deba ser reparado, y la relación de causalidad entre el hecho voluntario y el daño provocado.

Del examen de éstos, podemos deducir lo siguiente: a) si bien existen hechos voluntarios, como la misma celebración del matrimonio o el hecho de dedicarse a las labores de familia, no podemos establecer una relación causal de ellos con el supuesto perjuicio sufrido por la parte solicitante, ya que no es posible afirmar que el autor de éste sea el cónyuge deudor. Como señala el profesor Vidal, "Estrictamente, el menoscabo proviene de las referidas condiciones de la vida matrimonial"<sup>17</sup>, con lo que pretende hacer presente que no puede irrogarse autoría de un hecho dañoso al cónyuge potencialmente deudor, atendido a que el orden de eventos que hacen procedente la compensación no nace de la voluntad propia de uno de los sujetos, sino del natural desarrollo de la vida en matrimonio; b) no pudiendo determinar que existe un hecho dañoso en los términos señalados, malamente podría haber relación causal entre ellos, toda vez que no podría imputarse al deudor una conducta que viene determinada por las relaciones propias del estado civil de casados. c) se prescinde para establecer su procedencia del aspecto volitivo, a saber, la existencia de culpa o dolo, ya que el elemento que determina su procedencia será el menoscabo sufrido por el cónyuge acreedor, más

---

<sup>17</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil*. Ed. Jurídica de Chile. 2007.

no la intencionalidad detrás de una conducta. Ello, sin perjuicio de la participación de la buena fe para determinar la procedencia y cuantía de la compensación, ya que ello importa entregar al juez la posibilidad de revisar si quien de mala fe da pie para el término de la relación matrimonial, es titular de la acción, y si lo es, ya que en la especie concurren otros elementos, establecer una rebaja prudencial del monto a pagar. d) no se trata de un cumplimiento por equivalencia o prestación restitutoria, sino de una compensación al menoscabo que le impide al acreedor situarse, a su falta, en la misma posición del deudor. Nuevamente, se trata de un juicio que mira al pasado, pero además proyecta al futuro, a fin de que cubriendo el menoscabo, se deje en un mismo pie de partida a las partes.

Para efectos prácticos, la importancia de la discusión sobre la posibilidad de aplicar las normas de responsabilidad, es que se consolida el concepto de menoscabo económico, como factor rector en cuanto al derecho que asiste al cónyuge más débil de la relación, y comienza a discutirse cuales serán las causales más importantes que permitan al juez determinar la existencia del mismo y su cuantía.

Tampoco es ajena esta concepción de una prestación derivada del término de la relación matrimonial. Así por ejemplo, en la doctrina argentina se ha discutido a este respecto, señalándose que “quien con su conducta determina la separación de un matrimonio y la disgregación de la familia irroga un perjuicio susceptible de ser mensurado y, consiguientemente, reparado en los sentidos y con los alcances que en derecho puede ello hacerse...”<sup>18</sup>

## **REGIMEN APLICABLE**

---

<sup>18</sup> MENDEZ COSTA, María, HUGO D'ANTONIO, Daniel. Op. Cit.

Como se ve, la compensación económica no responde a los criterios analizados, en el entendido que no puede considerarse como una prestación alimenticia, tampoco se pueden aplicar los criterios de responsabilidad extracontractual, ni se trata de la solución a un desequilibrio patrimonial.

Ante esto, se deberá considerar que las normas que la regulan fijan el régimen de una nueva institución que, salvo remisión expresa, requerirá que sus vacíos sean suplidos por el régimen común para los efectos de las obligaciones, las normas sobre responsabilidad contractual.

Dicho lo anterior, nuestra Corte Suprema ha considerado que el régimen establecido pareciera ser suficiente para poder solucionar los problemas y cubrir las aristas que en concreto pudieran darse<sup>19</sup>.

## **REQUISITOS**

Así, los requisitos que establece la ley para hacer procedente la compensación económica son los siguientes:

- Haberse dedicado a las labores propias del hogar común o a la crianza de los hijos.
- Que por haberse dedicado a ello, no haya podido ejercer actividad remunerada, o lo haya hecho en menor medida de lo que quería y podía.

---

<sup>19</sup> La Corte Suprema, en sentencia de fecha abril 24 de 2008 establece, en su considerando sexto: “Que, por otra parte, cabe agregar que la actual ley de Matrimonio Civil no define ni determina la naturaleza jurídica de la compensación económica, pero en su Capítulo VII, párrafo 1º, artículos 61 a 66, regula el régimen legal aplicable, señalando los presupuestos que la hacen procedente, los factores a tener en cuenta para su evaluación y la forma cómo debe fijarse”. Mismo texto encontramos en considerando sexto de sentencia de fecha abril 14 de 2008. En <http://www.legalpublishing.cl>.

- Que sobre la base de las anteriores, haya sufrido un menoscabo económico, que debe ser compensado por el otro cónyuge.

Si bien los requisitos se presentan de manera separada, todos son necesarios entre sí, ya que en el orden establecido por la ley, todos deben ser consecuencia del anterior. Así, además de ser necesarios, deben estar relacionados, para determinar de esta forma que el menoscabo sufrido se debe al hecho de no haber ejercido actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida, y ello por haberse dedicado a las labores propias de la familia<sup>20</sup>.

## **COPULATIVIDAD DE LOS ARTICULOS 61 Y 62**

El artículo 62 de la ley versa de la siguiente forma:

**Artículo 62.-** *Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.*

---

<sup>20</sup> De esta forma razona la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de fecha 13 de abril de 2007, en autos Rol 871-2007, en su considerando vigésimo: “En la especie, se ha demandado la compensación económica por lo tanto deben concurrir los siguientes requisitos, a saber: 1. La existencia real y efectiva de un menoscabo económico sufrido por el cónyuge titular del derecho; 2. El menoscabo debe haberse producido por no haber podido desarrollar el cónyuge una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o sólo haber podido hacerlo en menor medida de lo que podía y quería; y 3. La imposibilidad total o parcial de desarrollar actividad remunerada debe ser consecuencia de que el cónyuge se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común”. En <http://www.legalpublishing.cl>.

*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*

Del texto de la ley se debe llegar necesariamente a la conclusión que ambos artículos deben considerarse de manera copulativa si el juez considera que en la especie procede la acción de compensación.

Al establecer la ley “Para determinar **la existencia del menoscabo económico** y cuantía de la compensación...” deja claro que deben considerarse los elementos de dicho precepto, ya que siendo el menoscabo un requisito independiente, necesariamente si se deben tener presentes estos elementos para considerar la existencia del mismo, los dos artículos deben aplicarse conjuntamente, por lo que se trata de una norma que debemos integrarla dentro de los requisitos de la compensación, toda vez que ella y sólo ella aporta los elementos que permitirán al juez formar convicción sobre la existencia de menoscabo, y cual será su entidad, y por tanto, la entidad de la prestación a la cual el cónyuge mas débil se hará acreedor<sup>21</sup> .

---

<sup>21</sup> En este sentido razona la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de fecha 13 de marzo de 2008, en autos Rol 1444-2007, al señalar en su considerando cuarto y quinto: “4) ...dependerá, en último término, de la consideración de las circunstancias contempladas en el artículo 62 de la ley citada, esenciales para determinar la existencia del menoscabo económico y su compensación. Por esta razón se presenta como un tercer elemento, distinto de los anteriores, la existencia del menoscabo económico del cónyuge más débil. Si luego de ponderar las circunstancias referidas resulta que la ruptura del vínculo no causa menoscabo, deberá rechazarse la demanda de compensación económica.

5) Que a la luz de lo reflexionado en el basamento precedente, puede concluirse que no basta con que concurra el supuesto típico de la compensación, sino que es esencial el tercer elemento constitutivo, esto es, el menoscabo económico, que no se presume, es necesaria su prueba, incluida la de las circunstancias que, a título ejemplar, enumera el artículo 62 de la referida ley y la de otras que justificadamente se estimen pertinentes.” En <http://www.legalpublishing.cl>

Lo anterior cobra especial importancia si se considera que el régimen legal de la compensación económica busca suficiencia en si mismo, como ya se mencionó, por lo que deberá considerarse como parte integral de los requisitos de procedencia de la acción, la circunstancia de que concurra el presupuesto del menoscabo a la luz de esta disposición, considerando todos los elementos que la integran, como otros que sean pertinentes al caso.

La anterior consideración resulta muy importante tenerla presente, ya que precisamente en este sentido es que las tribunales incurren en el mas recurrente error interpretativo respecto a esta institución. Como ya se expuso, hay una marcada tendencia respecto a la finalidad y naturaleza jurídica de ella. Pero es en el momento de emitir el juicio sobre la existencia del menoscabo en que constantemente se omite la consideración copulativa de ambas normas, llegando incluso a veces a configurar los tribunales, como se expondrá, unas verdaderas presunciones de menoscabo, sin acudir a mas elementos que los que entrega el artículo 61, advirtiendo desde ya que parte minoritaria de la doctrina considera que éste surge indefectiblemente de la relegación del ejercicio de actividades lucrativas por dedicarse a las que requiere la familia.

Así, queda de manifiesto la necesidad de aplicar ambas normas de manera simultánea, ya que precisamente se trata de una norma que tiende a evitar una decisión arbitraria por parte de los sentenciadores, ya que establece al menos cuales serán las circunstancias básicas que deben considerarse no sólo para cuantificar la prestación, sino para determinar la procedencia de la misma.



## **CAPÍTULO II.**

### **MENOSCABO ECONOMICO**

La ley establece que la compensación será procedente siempre que por haber dedicado a las labores propias del hogar común o al cuidado de los niños, el cónyuge solicitante no pudo ejercer actividad remunerada, o lo hizo en menor medida de lo que quería y podía, y que ello le causa un menoscabo económico que debe ser reparado.

Siendo así las cosas, de los tres requisitos para hacer procedente la solicitud de compensación, claramente el que requiere mayor detención será éste último, el menoscabo económico. El haberse dedicado a las labores propias del hogar común o crianza de los niños, y el no haber ejercido actividad remunerada, manifestarán principalmente problemas probatorios al momento de exigir el derecho en juicio. Por tanto, los requisitos para determinar la existencia del menoscabo y su cuantía merecerán especial atención.

Cabe señalar que parte de la doctrina considera que el menoscabo viene a ser consecuencia natural de los primeros requisitos<sup>22</sup>. Así, se trataría de una condición objetiva, que difícilmente podría discutirse, que se deduce del hecho de

---

<sup>22</sup> Parte de la doctrina considera a los dos primeros requisitos como condiciones objetivas. El primero de ellos no admitiría ninguna consideración subjetiva, por lo que habría que atender sólo a que se configure la situación de hecho descrita. En el caso del segundo, será “una consecuencia del primero”. Se entiende que, siempre que exista una dedicación a las labores propias del hogar común o crianza de los niños, el cónyuge se verá imposibilitado de desarrollarse laboral y profesionalmente en plenitud. A mayor abundamiento, se considera que “El hecho objetivo de haberse dedicado al cuidado de los hijos o trabajar en menor medida, conlleva un menoscabo económico que debe compensarse”. PIZARRO WILSON, Carlos. Op. Cit.

haberse dedicado a las labores propias del hogar común o crianza de los hijos, y por ello no haber ejercido actividad remunerada, o haberla ejercido en menor medida de lo que podía y quería. De manera más simple, si las dos condiciones anteriormente señaladas se dan, necesariamente debiera existir un menoscabo económico que debe ser reparado.

Se discrepa de esta postura, ya que precisamente el legislador propone como principal condición para determinar la procedencia de la acción la existencia de un menoscabo, un perjuicio efectivo sufrido por el cónyuge más débil, aportando elementos para determinar la existencia y cuantía de dicho perjuicio. Así, la ley entiende que el daño sufrido es efectivamente cuantificable, y es tarea del juez indagar si éste existe, y cual es la entidad del mismo<sup>23</sup>. Por otro lado, el requisito referido a la dedicación a las labores propias del hogar también requerirá de una indagación de su aspecto volitivo, ya que no puede considerársele sólo como un

---

<sup>23</sup> Al referirse a esta cuestión, se pronuncia la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 13 de marzo de 2008, en su considerando 4º y 5º: "...no quiere decir que la sola concurrencia de estos dos elementos determine el derecho a la compensación establecida en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil. Es probable que así sea, pero dependerá, en último término, de la consideración de las circunstancias contempladas en el artículo 62 de la ley citada, esenciales para determinar la existencia del menoscabo económico y su compensación. Por esta razón se presenta como un tercer elemento, distinto de los anteriores, la existencia del menoscabo económico del cónyuge más débil. Si luego de ponderar las circunstancias referidas resulta que la ruptura del vínculo no causa menoscabo, deberá rechazarse la demanda de compensación económica.

5º) Que a la luz de lo reflexionado en el basamento precedente, puede concluirse que no basta con que concurra el supuesto típico de la compensación, sino que es esencial el tercer elemento constitutivo, esto es, el menoscabo económico, que no se presume, es necesaria su prueba, incluida la de las circunstancias que, a título ejemplar, enumera el artículo 62 de la referida ley y la de otras que justificadamente se estimen pertinentes."

En <http://www.legalpublishing.cl>.

antecedente de hecho objetivo, ajeno de la iniciativa personal de los cónyuges<sup>24</sup>, ya que dicha interpretación no puede colegirse de forma alguna del texto de la ley, y excluiría de manera arbitraria la voluntad de las partes, que en materia de matrimonio cumple un papel protagónico<sup>25</sup>. Ciertamente es que por regla general el dedicarse a las labores de la familia implicará una relegación del desarrollo profesional, pero no es menos cierto que deben considerarse una serie de factores externos a dicha situación de hecho, propios de la vida en matrimonio, a fin de determinar si este menor desarrollo se debió principalmente a la circunstancia comentada, y no a otra, para poder cumplir con el requisito establecido en la ley.

---

<sup>24</sup> Así razona la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 12 de julio de 2007, en la cual señala en su considerando décimo tercero: "...la decisión de quedarse en casa cuidando del hogar es puramente voluntaria, con lo que no se da la exigencia del artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil en orden a que uno de los cónyuges, para ser considerado como el más débil, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería." En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia de misma fecha, establece en su considerando decimotercero: "...habiendo trabajado antes de casarse y sin hijos en común que cuidar, la decisión de quedarse en casa cuidando del hogar es puramente voluntaria, con lo que no se da la exigencia del artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil".

En el mismo sentido señala la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 12 de julio de 2007 en autos Rol 1119.2007, en su considerando décimo tercero: "13) ... La señora Courbis pudo trabajar remuneradamente, nada se lo impedía, y si se dedicó a las labores del hogar, ello fue por iniciativa propia." En <http://www.legalpublishing.cl>.

<sup>25</sup> En este sentido, sentencia del Juzgado de Letras de Osorno de 16 de septiembre de 2005, confirmada tanto por la Corte de Apelaciones como por la Corte Suprema, al rechazar el recurso de casación de forma y fondo, que establece en su considerando vigésimo octavo: "...la decisión de no desarrollar una actividad remunerada durante la convivencia con el demandado se debió más a su voluntad de estudiar una carrera universitaria como lo hizo y no al hecho de que no haya podido realizar dicha actividad por estar al cuidado de sus hijos menores." En <http://www.legalpublishing.cl>.

## CONCEPTO

En principio, podríamos considerar al menoscabo económico como el diferencial patrimonial de los cónyuges al momento de terminar el matrimonio por nulidad o divorcio.

Así también lo considera el profesor Vidal, quien entiende el menoscabo como *“el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio para enfrentar sus vidas separadas en el futuro”*<sup>26</sup>. Pero el mismo profesor Vidal hace la precisión de que éste concepto no puede considerarse en abstracto, a saber, no se trata de una cuantificación objetiva derivada de la diferencia patrimonial de los cónyuges. Justamente por ello, es que debe considerarse lo dispuesto por el artículo 62, que enumera ciertos factores que obligan al juez a determinar prudencialmente la existencia y cuantía del menoscabo, y le permite agregar cualquiera otra que considere apropiada para la resolución del caso.

Ciertamente es preciso Vidal en señalar luego, que se trata de un concepto subjetivo, y que *“hace necesaria la proyección hacia el futuro de las condiciones económicas que puede alcanzar el cónyuge afectado después de del divorcio o nulidad, sobre la base de un juicio de previsibilidad...”*<sup>27</sup>. Preciso es ya que será necesario que el juez considere, en principio, el diferencial objetivo en el patrimonio de los cónyuges, para luego atender las circunstancias del artículo 62 y toda otra que crea atingente, para determinar la existencia del menoscabo. Deberá recurrir a todos estos elementos para determinar, finalmente, en que posición quedarán los cónyuges hacia el futuro. En términos simples, estos factores permitirán determinar si ellos se encuentran en un mismo punto de partida para seguir con sus vidas, una

---

<sup>26</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro. Op. Cit.

<sup>27</sup> Ídem

vez terminado el matrimonio. No se trata sólo de un costo de oportunidad laboral, o como ya se hizo notar, un perjuicio en los términos señalados por las normas de responsabilidad extracontractual, sino un costo de oportunidad en la proyección futura del cónyuge solicitante<sup>28</sup>.

La proyección que a futuro debe realizarse para la resolución de la especie no implica garantizar la situación económica que se tuvo durante el matrimonio, sino la vida autónoma e independiente de los cónyuges, especialmente el mas débil, corrigiendo el menoscabo que éste sufre por la terminación del mismo, y proyectando los elementos que el legislador entrega para entregar una base de desarrollo que corresponda en cuantía a este menoscabo. Por ello, el menoscabo económico no es sólo la diferencia patrimonial, sino la diferencia en esta proyección a futuro para enfrentar su vida independiente<sup>29</sup>.

## DOCTRINA Y DERECHO COMPARADO

Siendo Chile uno de los últimos países en asumir la necesidad de establecer en su normativa el divorcio vincular y sus consecuencias, existen una serie de

---

<sup>28</sup> “Este costo podría asemejarse a la idea de un lucro cesante, pero sólo por aproximación, porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener...”. DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. *El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto*. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes N° 11. Santiago. 2006.

<sup>29</sup> Así razona la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 26 de enero de 2006, en autos Rol 676-2006, al señalar en su considerando 6º: “6º. Que, en todo caso, para determinar la real dimensión del menoscabo económico sufrido y la cuantía de la compensación, no basta con mirar hacia el pasado "buscando establecer la medida del empobrecimiento" sino que es menester examinar también otros aspectos que permiten evaluar la proyección o consecuencia de ese menoscabo en la vida futura del cónyuge solicitante.” En <http://www.legalpublishing.cl>

paralelismos entre otras legislaciones, siendo los regímenes muy similares en ciertos casos, y muy disímiles en otros. Por ello, a continuación se exponen los modelos mas importantes a los cuales puede asimilarse el chileno, a fin de determinar cual es el concepto de menoscabo que asumen ellos, si es que lo hacen, o las razones por las cuales ciertos modelos se alejan de la idea de una disparidad económica para garantizar la protección del cónyuge mas débil.

## **DERECHO FRANCES**

En la legislación francesa, el divorcio puede solicitarse sobre la base del acuerdo de los cónyuges (sea en demanda conjunta o solicitándolo uno de ellos con el consentimiento del otro), por el cese de la convivencia, o por incumplimiento de los deberes conyugales.

Así, el divorcio podrá solicitarse:

- Por demanda conjunta los cónyuges que están de acuerdo en el principio de la ruptura y todas sus consecuencias. No tienen que dar a conocer la causa, sino solamente presentar al juez un proyecto de convenio que regule las consecuencias del divorcio.
- Por un cónyuge con el consentimiento del otro supone el reconocimiento por ambos de la existencia de hechos que hacen insoportable la convivencia. A diferencia de lo que sucede cuando la demanda es conjunta, quien se encarga de regular las consecuencias del divorcio es el juez.
- Por cese de la convivencia conyugal, el cual está condicionado por la existencia, durante un mínimo de seis años, bien de una separación de hecho de los cónyuges, bien de una alteración de las facultades mentales de uno de los cónyuges tan grave que ya no exista ninguna convivencia

conyugal, sin que pueda, según las previsiones más razonables, existir en el futuro.

- Por incumplimiento de los deberes conyugales se puede solicitar por un cónyuge por hechos imputables al otro que constituyan una infracción grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio y hagan insoportable la convivencia.

Respecto de la prestación compensatoria, en principio el divorcio extingue la obligación de socorro mutuo, excepto si se dicta con motivo del cese de la convivencia conyugal. En este caso, dicho deber se mantiene en beneficio de la parte que no ha interpuesto la demanda, que puede, en cualquier momento, reclamar al otro cónyuge una pensión alimenticia, que será revisable en función de las variaciones de las necesidades y los recursos de ambos ex cónyuges.

En los demás casos, uno de los cónyuges puede estar obligado a abonar al otro una pensión destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas, según versa el artículo 270 del Código Civil<sup>30</sup>, modificado por la ley n° 75-617 de 11 de julio de 1975.

En principio se trata de un capital que puede consistir en una suma de dinero o en un abandono de bienes en propiedad, en usufructo o para uso y habitación. Si el cónyuge deudor no puede pagar el capital inmediatamente, el juez puede autorizarlo a hacerlo en un plazo máximo de ocho años.

---

<sup>30</sup> “Article 270: Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives.”

A título excepcional, si la edad o el estado de salud del acreedor no le permiten subvenir a sus necesidades, el juez puede fijar la pensión compensatoria en forma de renta vitalicia.

La cuantía de esta pensión se fija según las necesidades del cónyuge acreedor y los recursos del deudor, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y su evolución en un futuro previsible<sup>31</sup>.

Los elementos establecidos para la determinación de las necesidades del cónyuge, y los recursos del otro, las establece el artículo 272:

**Artículo 272<sup>32</sup>**

*Para la determinación de las necesidades y de los recursos, el Juez tomará en consideración particularmente:*

- 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;*

---

<sup>31</sup> Artículo 271 Code Civil.

<sup>32</sup> Dans la détermination des besoins et des ressources, le juge prend en considération notamment :

- l'âge et l'état de santé des époux ;
- la durée du mariage ;
- le temps déjà consacré ou qu'il leur faudra consacrer à l'éducation des enfants ;
- leur qualification et leur situation professionnelles au regard du marché du travail ;
- leur disponibilité pour de nouveaux emplois ;
- leurs droits existants et prévisibles ;
- leur situation respective en matière de pensions de retraite ;
- leur patrimoine, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial. Traducción libre.



- *su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación;*
- *su patrimonio, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen matrimonial.*

Como se puede apreciar de la redacción misma de la norma, si bien el elemento central de la prestación son las necesidades de una de las partes y los recursos del otro, claramente no se trata de compensar tan sólo el diferencial patrimonial de las partes. Dentro de estos elementos, por ejemplo, el tiempo dedicado a los hijos en común denota la intención de reparar de cierta forma al cónyuge que haya desplazado su desarrollo profesional a favor de la familia. Mismo idea subyace en la cualificación profesional respecto del mercado. Por otro lado, la idea de perder derechos previsibles, como su situación futura respecto a eventuales pensiones de jubilación, demuestra la intención del legislador de establecer una institución que haga proyectar la vida futura de los cónyuges en un plano de igualdad, pero considerando como ya se dijo el desarrollo del matrimonio, y la proyección futura de la vida independiente de ellos. Por ello, si bien no encontramos el mismo concepto rector que en nuestra legislación, la normativa señalada sugiere que la institución mira a obtener el mismo resultado, compensar estas “necesidades” de quien se constituye al término del matrimonio como la parte mas débil, para poder desarrollarse de manera autónoma a futuro, si en la especie, desplazó su desarrollo profesional por dedicarse a la familia.

## **DERECHO ESPAÑOL**

Las normas que regulan la prestación compensatoria en el Código Civil Español son muy similares a las que encontramos en la legislación nacional. El régimen legal de esta institución lo integra principalmente la siguiente norma del citado cuerpo legal:

### **Artículo 97**

*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.ª La edad y el estado de salud.*
- 3.ª La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.*

En principio, cabe señalar que esta norma fue modificada el año 2005, introduciendo la posibilidad de pagar la compensación por medio de una prestación única, posibilidad que no se existía según la anterior redacción que databa de 1981, la cual establecía sólo que el cónyuge “tendrá derecho a una pensión”, sin especificar cual sería la modalidad de la prestación, sin perjuicio que las distintas formas ya se daban en la practica. Importante es considerar también que la reforma a esta norma elimina la voz “pensión”, reemplazándola por la locución “compensación”, lo que denota un cambio total en la estructura, fundamento, y naturaleza de la prestación.

Por lo anterior, la legislación española deja de lado la concepción de compensación como un derecho de carácter alimenticio, asimilándose casi completamente a la compensación de nuestra ley de matrimonio civil.

Entonces, aunque antes de la reforma de 2005 la prestación compensatoria tenía un evidente carácter alimenticio, en contraposición a la compensación prevista por nuestra ley, que tiene un carácter “resarcitorio”<sup>33</sup>, los elementos que integran el menoscabo económico son prácticamente los mismos, salvo los matices propios del lenguaje, sin que ellos hayan cambiado sustancialmente. Tan sólo se agrega una norma abierta, al igual que nuestra legislación, para que el tribunal considere cualquier otra circunstancia que estime en la especie relevante.

Importante es la reforma a efectos de este estudio, porque desplaza el foco de atención de la institución, que en un primer término se encontraba en la necesidad de mantención por una situación de necesidad, a la disparidad económica que produce la terminación del matrimonio<sup>34</sup>.

Y tal como establece el régimen legal nacional, la existencia del desequilibrio dependerá del examen de los elementos enunciados por dicha norma. Si bien la norma no es clara en este sentido, así ha sido entendido por la doctrina<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> VENEGAS ORTIZ, Pablo, VENEGAS ALFARO, Andrés. *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*. Ed. Jurídica. Santiago. 2007

<sup>34</sup> “En este sentido, se intuye ahora que la naturaleza del derecho reconocido por el artículo 97 del Código Civil es compensatoria, y tiene su fundamento en el desequilibrio económico.” GUILARTE GUTIERREZ, Vicente et. al. *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*. Ed. Lex Nova. 2005. En <http://books.google.cl/books?id=fS6MxBIpFq4C&pg=RA3-PA186&dq=pension+compensatoria+divorcio#PRA3-PA189,M1>.

<sup>35</sup> “... se vincula el elenco de circunstancias del artículo 97 del Código Civil a la fijación judicial del importe de la compensación, entendemos que no sólo su cuantía, sino la propia existencia de la compensación, anudada al desequilibrio, habrán de determinarse en atención a las mismas, que permitirán revelar el mayor o menor desequilibrio, y también su inexistencia.”

Y siendo los elementos a analizar los mismos que en nuestra ley de matrimonio civil, se hace evidente que el concepto de desequilibrio patrimonial tiene en ambas legislaciones un papel protagónico, toda vez que el cambio en la naturaleza de la institución en España desplazó a la doctrina en este sentido, lo que entrega herramientas en nuestro caso para determinar los alcances de la prestación compensatoria. Alejándose de los sistemas de división de la propiedad marital propios del common law, España pasa de considerar la obligación como alimenticia a una propiamente compensatoria, ya que tampoco establece una similitud, sea en el plano legislativo como en el doctrinario, con una indemnizatoria. La intención del legislador fue establecer un régimen legal que compense un desequilibrio económico por medio de una prestación, que podrá ser de duración indefinida o no, ya no basada en la necesidad de subsistencia de la parte mas débil, sino en la pérdida de un estado anterior, proyectado hacia el futuro, según se colige de las circunstancias establecidas para determinar su procedencia y cuantía.

Así, los supuestos que la hacen procedente son, por un lado, la sentencia que declare la separación o divorcio, y por otro, la existencia del desequilibrio económico. Este desequilibrio ha sido entendido de dos formas:

- a) Una interpretación objetiva, sobre la cual existirá desequilibrio siempre que haya una disminución patrimonial en relación con el otro cónyuge y la situación existente durante el matrimonio. Entendiendo de esta forma, las circunstancias señaladas por el artículo 97 serían elementos que determinen tan sólo en quantum de la compensación.
- b) Otra subjetiva, al considerar aspectos personales de las partes y el desarrollo de la vida matrimonial, además del diferencial patrimonial. Esta sería la interpretación correcta, ya que permite que los elementos que

entrega el legislador sirvan, además de cuantificar la prestación, determinar su procedencia. Esta es la forma en la que entendió por el legislador nacional, que tomó como referente inmediato la legislación y modelo español en la redacción de los artículos 61 y 62 de nuestra ley de matrimonio civil.

## **DERECHO INGLES**

Las normas que regulan el divorcio y sus consecuencias en Inglaterra y el País de Gales se encuentran en la Matrimonial Causes Act. En primer término, cabe señalar que la única causal contemplada por dicho cuerpo legal para poder solicitar la disolución del matrimonio por divorcio es la ruptura irremediable del mismo, sobre la base de “faltas conyugales” establecidas en el mismo cuerpo. Dichas faltas son: a) adulterio, si ello conlleva a una convivencia intolerable, b) comportamiento irracional, en el mismo supuesto, c) abandono por un período no menor a dos años desde la presentación de la demanda de divorcio, d) separación por dos años contados desde la demanda de divorcio con el consentimiento del otro cónyuge, y e) separación por cinco años, sin requerir el consentimiento del cónyuge demandado.

De los deberes propios del matrimonio, la legislación inglesa, como la nuestra, también contempla la obligación de mantener al cónyuge, pero sólo mientras persista el vínculo matrimonial. Una vez terminado el matrimonio, se procede al reparto de bienes, cuyo régimen también se encuentra regulado por la citada normativa.

Conforme a ella, el tribunal podrá ordenar, según dispone su artículo 24, la transferencia de uno o más bienes de un cónyuge al otro, a un hijo en común, o a otra persona, en interés del hijo menor.

Es el artículo 25 de la Matrimonial Causes Act el que regula cuales serán los aspectos que deberá tener en cuenta el tribunal para fijar la transferencia. El primero y mas importante será el bienestar de los hijos menores de 18 años<sup>36</sup>. Los otros elementos que regularán su discrecionalidad son<sup>37</sup>:

---

<sup>36</sup> MCA Artículo 25 n° 1: (1) It shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers under section 23, 24, above and, if so, in what manner, to have regard to all the circumstances of the case, first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family who has not attained the age of eighteen.

<sup>37</sup> MCA Artículo 25 n° 2: (2) As regards the exercise of the powers of the court under section 23(1)(a), (b) or (c), 24 [F3, 24A or 24B]above in relation to a party to the marriage, the court shall in particular have regard to the following matters:

- (a) the income, earning capacity, property and other financial resources which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future, including in the case of earning capacity any increase in that capacity which it would in the opinion of the court be reasonable to expect a party to the marriage to take steps to acquire;
- (b) the financial needs, obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future;
- (c) the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage;
- (d) the age of each party to the marriage and the duration of the marriage;
- (e) any physical or mental disability of either of the parties to the marriage;
- (f) the contributions which each of the parties has made or is likely in the foreseeable future to make to the welfare of the family, including any contribution by looking after the home or caring for the family;
- (g) the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it;
- (h) in the case of proceedings for divorce or nullity of marriage, the value to each of the parties to the marriage of any benefit F4. . . which, by reason of the dissolution or annulment of the marriage, that party will lose the chance of acquiring.

- los ingresos, la capacidad para obtener ingresos y los bienes y otros recursos económicos que cada uno de los cónyuges posea o pueda poseer en un futuro previsible;
- la contribución de los cónyuges, tanto económica como de otro tipo, al cuidado del hogar y los hijos;
- las necesidades, obligaciones y responsabilidades económicas que cada uno de los cónyuges tenga o pueda tener en un futuro previsible;
- el nivel de vida de la familia antes de la ruptura del matrimonio;
- la edad de las partes y la duración del matrimonio;
- las discapacidades físicas o mentales que sufran las partes.
- las aportaciones que cada parte haya hecho o pueda hacer en el futuro al bienestar de la familia;
- la conducta de los cónyuges, en caso de que fuera injusto no tenerla en cuenta en el reparto de bienes.
- el valor para cada uno de los cónyuges de cualquier beneficio que pudiera dejar de percibir a raíz del divorcio o la nulidad matrimonial.

Este modelo sirvió como referente para el legislador español al regular las prestaciones entre cónyuges con posterioridad a la separación o divorcio, y sin duda sirve como referente a la legislación nacional.

Como se puede ver, si bien esta legislación regula como efecto propio de la disolución del matrimonio la división de los bienes de la familia, tiene un marcado acento en mantener a los cónyuges y la familia en un punto de partida similar, es decir, que no exista un empobrecimiento desmedido de la parte que se dedicó al cuidado de la familia, y por ello se encontraría económicamente en una posición desmejorada con su par. Lo que se pretende es corregir un empobrecimiento desmedido de una de las partes, respecto de la situación que gozaba durante el matrimonio, además de considerar sus necesidades en el futuro, según señala textualmente la norma. Por ello, si bien en la forma cambia la institución respecto a

la nuestra, mantiene esta idea de corrección y proyección, asegurando la autonomía futura de las partes.

## **DERECHO ALEMAN**

En Alemania, según dispone el Código Civil (*Bürgerlichen Gesetzbuches* - BGB), el divorcio sólo puede solicitarse al tribunal, sobre la base de la petición de uno o ambos cónyuges, cuando éste haya fracasado, a saber, cuando haya cesado la convivencia conyugal y no puede esperarse que la restablezcan<sup>38</sup>. Ello se presumirá de derecho siempre que los cónyuges prueben que viven separados hace al menos un año desde la presentación de la demanda, y ella sea presentada por ambos. Para poder solicitarlo de forma unilateral, se exige probar que las partes llevan al menos tres años separadas de hecho<sup>39</sup>. Cabe señalar a este respecto, que si bien las causales de divorcio son las mismas que en nuestra legislación, no se contempla la figura del divorcio por culpa, por lo que sólo el fracaso del matrimonio en los términos señalados da pie para solicitar su disolución por divorcio.

Tras el divorcio, los cónyuges deben procurarse el sustento por sí mismos<sup>40</sup>. Para ello, sólo necesitan ejercer una actividad remunerada. En la medida en que para incorporarse a una adecuada actividad remunerada se requieran estudios y siempre que quepa esperar que éstos van a culminar con éxito, debe seguir una formación, estudios de perfeccionamiento o reconversión profesional (artículo 1574 inciso 3 del Código Civil).

Es acreedor de alimentos el cónyuge divorciado:

---

<sup>38</sup> Artículo 1565.1 BGB.

<sup>39</sup> Artículo 1565.2 BGB.

<sup>40</sup> Artículos 1569, 1577 BGB.



- mientras y en tanto que se ocupe de la custodia de un hijo común (artículo 1570 del Código Civil) o no quepa esperar que pueda ejercer una actividad remunerada debido a una enfermedad o dolencia física o mental existente en el momento del divorcio (artículo 1572 del Código Civil) ;
- cuando debido a su edad en el momento del divorcio ya no quepa esperar que pueda tener una actividad remunerada (artículo 1571 del Código Civil) ;
- mientras y en tanto se encuentre realizando una formación, unos estudios de perfeccionamiento o una reconversión profesional, al objeto de compensar una desventaja cuya causa sea el matrimonio. Requisito para ello es que inicie dichas actividades de formación lo más rápidamente posible, al objeto de acceder a una actividad remunerada que garantice su sustento, y que haya expectativas de que la termine con éxito;
- mientras y en tanto que tras el divorcio el cónyuge no pueda encontrar un empleo adecuado (artículo 1573, inciso 1, del Código Civil) ;
- mientras y en tanto que, debido a otras razones de peso, no quepa esperar que pueda ejercer una actividad remunerada y que, teniendo en cuenta los intereses de ambos cónyuges, sería una gran injusticia denegar una pensión;
- cuando los ingresos obtenidos de una actividad remunerada adecuada no alcancen para cubrir el coste de los alimentos (artículo 1573, inciso 2, del Código Civil).

Si concurre alguno de los presupuestos mencionados, los cuales impidan al cónyuge divorciado trabajar remuneradamente para poder enfrentar su vida futura de forma independiente, nace el derecho a solicitar alimentos.

La cuantía de los alimentos, que cubre también los gastos de un seguro adecuado para el caso de enfermedad y de necesidad de asistencia, se establece tomando en consideración el nivel de vida del matrimonio así como la edad y la

reducida capacidad laboral (artículo 1578 del Código Civil). Cuando el cónyuge deudor de alimentos, dada su situación laboral y patrimonial, y teniendo en cuenta sus demás obligaciones, no pueda garantizar al acreedor su pensión, sin poner en peligro su propio sustento, sólo deberá prestar alimentos en una cuantía equitativa teniendo en cuenta los ingresos y el patrimonio del cónyuge divorciado (artículo 1581, párrafo 1 del Código Civil).

Como se puede apreciar, el modelo alemán de asistencia al cónyuge más débil se presenta como un sistema diametralmente diferente al nuestro, ya que acoge la idea de una prestación alimenticia de carácter asistencial, y no una compensatoria por menoscabo o desequilibrio. Ya sea se considere alimentos propiamente tal, o una prestación distinta<sup>41</sup>, el modelo acogido se aleja del que recoge nuestra legislación, pero al presentarse en frente a él, podemos dar fe de las grandes diferencias entre ambos, a fin de que en la práctica no se apliquen las normas nacionales de manera incorrecta, pues como se mencionó ya, tanto el legislador como la doctrina han enfatizado en cuanto a que no es éste el sistema que se planteó en nuestra legislación, por lo que no deben desvirtuarse sus normas al punto de transformar nuestra prestación compensatoria en una alimenticia, pues debe recordarse que, en cuanto a la forma de pago, se establece la posibilidad de fraccionarlo en cuantas cuotas se considere pertinente.

## **DERECHO NORTEAMERICANO**

De manera preliminar, cabe señalar que no existe una norma unificada de derecho de familia en los Estados Unidos, sino que 51 legislaciones que regulan el

---

<sup>41</sup> La doctrina señala que no se trataría propiamente de un derecho de alimentos, toda vez que pasa por alto la desaparición de uno de los requisitos inherentes y necesarios del derecho de alimentos, cual es la vigencia del vínculo. En este sentido, TURNER SAELZER, Susan. *Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil*. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile Vol. 16, paginas 83-104. Valdivia. 2004.

tema, a saber, tantas como Estados, ya que la Constitución establece esta área del derecho, junto con muchas otras, dentro de la jurisdicción autónoma de los mismos.

En la legislación norteamericana no se habla de prestación compensatoria u otro término similar, sino que las disparidades matrimoniales posteriores a la disolución del matrimonio se resuelven por medio de la “property division”, o división de la propiedad. Caso distinto es la existencia dentro de algunos Estados de la obligación de mantenimiento del cónyuge posterior al divorcio (“alimony”), que tiene una innegable naturaleza alimenticia, remanente de la histórica existencia del divorcio por falta o culpa, y los roles de género en el matrimonio, situación que hacía razonable la obligación de mantener al cónyuge con posterioridad a la disolución del matrimonio.

Existen dos regímenes de propiedad matrimonial: el “community property”, y el de “separate property”. Nueve estados siguen al primero, por el cual los bienes adquiridos durante el matrimonio corresponden a los cónyuges en comunidad, y ante la disolución del vínculo, la comunidad se divide en partes iguales entre las partes.

Sin perjuicio de ello, la mayoría de los Estados siguen la estructura clásica del common law, por la cual los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio serán de propiedad del adquirente. Ello representó históricamente una fuente de inequidades ante la ruptura del matrimonio, ya que el cónyuge dedicado a las labores del hogar y cuidado de los niños tenía derechos sobre escasos bienes adquiridos en el matrimonio. Por ello, hoy ambos regímenes patrimoniales siguen la regla del “equitable distribution on dissolution”, o distribución equitativa ante la disolución. Sobre la base de esta regla, el tribunal está facultado para considerar todos los bienes adquiridos por las partes durante el matrimonio, incluidas donaciones y los bienes adquiridos por derechos sucesorios, a fin de dividirlos de

manera equitativa, tomando en consideración una lista de factores enunciados en los estatutos de cada Estado<sup>42</sup>.

La idea de una unificación no es ajena a esta legislación, la cual se representa en dos instituciones protagónicas, la American Law Institute, y mas importante, la NCCUSL (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws), ambas entidades privadas creadas con el mencionado propósito, la última con 117 años de gestión activa en pos de uniformar las normas de los estados en las principales áreas del derecho, dentro de ellas, el derecho de familia, que a este respecto publicó en 1970 en Uniform Marriage and Divorce Act (UMDA), la cual recoge en sus principios la regla de ditribución equitativa de la propiedad.

Si bien se ha pretendido en las legislaciones norteamericanas recoger la idea del clean break, a saber, que las materias relacionadas al quiebre de la relación no se extiendan en el tiempo, solucionando las materias conexas en el mismo proceso de divorcio o separación. Sin perjuicio de ello, todos los estados reconocen que en ciertas circunstancias el mantenimiento de los ex cónyuges debe extenderse en el tiempo, para lo cual establecen la obligación a ello, lo que disminuye la eficacia de dicho principio<sup>43</sup>. Y respecto de esta obligación de mantenimiento es que puede aplicarse un modelo compensatorio y un modelo basado en la necesidad. Conforme a la libertad que tienen las Cortes superiores propia del derecho anglosajón, no podemos ver una preeminencia de alguno de los modelos, pues el tribunal determinará en la especie que modelo deberá aplicar. A modo ejemplar, en *Witzel vs. Witzel* podemos ver el real alcance del modelo compensatorio. En éste, el Sr. Witzel solicita la rebaja de la pensión decretada a favor de su ex cónyuge y sus hijos, de USD \$ 2.000 mensuales, atendido a que

---

<sup>42</sup> MERY, Marygold. *The American Law Institute Principles and the Economics of Family Dissolution*. En Nous Reports del Dret de Família, Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 2006.

éstos habrían cumplido 18 años, y por tanto, serían mayores de edad, además de haber heredado la Sra. Witzel un monto de USD \$ 400.000 La Corte estima que por las labores que ella ejerció durante la vida en común, mantendría una pensión a su favor por un monto de USD \$ 1.000 mensuales. La Corte estima que "...la prestación compensatoria se otorga en reconocimiento de la duración del matrimonio y los roles que cada una de las partes adoptó durante la relación en ese lapso de tiempo..."<sup>44</sup>.

Así, con independencia de la división de la propiedad y el régimen a que esta se encuentre sujeta, no puede descartarse en caso alguno la posibilidad de que se decrete una prestación a favor del cónyuge mas débil. La salvedad es que no puede anticiparse el criterio que pueda utilizar la Corte, el cual podrá ser a título compensatorio, por haberse dedicado principalmente al cuidado de la familia, o sobre la base de un estado de necesidad, que tendrá ribetes de mantenimiento.

## **CAPÍTULO III**

### **ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL MENOSCABO ECONOMICO**

#### **PROCEDENCIA Y CUANTÍA DE LA COMPENSACIÓN**

---

<sup>44</sup> Comentario de sentencia en <http://blog.andrewfeldstein.com/?cat=5>. Traducción libre.

En primer término, la procedencia y monto de la compensación tiene dos vías de determinación, a saber, por el consentimiento de las partes, o a falta de éste, por parte del tribunal.

Así, el artículo 63 establece:

**“Artículo 63.-** *La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal.”*

Si no fuera el caso, es decir, si las partes no llegaren a acuerdo en cuanto a la procedencia y monto de la misma, deberá el tribunal fijar si la concede, y determinar prudencialmente su monto. Así dispone el artículo 64:

**Artículo 64.-** *A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto. Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia de conciliación. Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvencción, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad’.*

Para los casos que adolecen del acuerdo necesario por las partes, es que la ley señala los elementos que el juez deberá “especialmente” considerar, sin que ello importe una enumeración taxativa. Si bien la enumeración no es taxativa, la voz “especialmente” hace notar que no se trata de una mera ejemplificación, sino

que deberán considerarse todos estos elementos, además de los que el juez estime pertinentes emitir juzgar la solicitud<sup>45</sup>.

Por ello, ante la solicitud de compensación, debe existir un examen de todos y cada uno de estos elementos, cuyas características principales se pretende explorar a continuación.

## **DURACION DEL MATRIMONIO Y LA VIDA EN COMUN DE LOS CONYUGES**

La consideración de la duración del matrimonio y la vida en común de los cónyuges son dos elementos que deben considerarse de manera separada. En principio, deberá considerarse el tiempo que ha transcurrido desde que las partes celebraron el matrimonio, hasta que una de ellas solicita se declare terminado por nulidad o divorcio. Lógicamente, un matrimonio de larga data permitirá en principio solicitar un monto mayor de compensación, atendido a que, como ya se mencionó, el juicio de compensación es un juicio de previsibilidad, a futuro, por lo que a todas luces un largo matrimonio en que la parte solicitante se haya dedicado a labores propias del hogar, y haya ejercido desminuidamente o no haya ejercido actividades

---

<sup>45</sup> En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 13 de marzo de 2008: “8º) Que, como puede apreciarse, la disposición transcrita precedentemente, enumera las circunstancias que deben considerarse para no sólo determinar la cuantía de la compensación, sino la existencia misma del menoscabo económico cuya compensación se reclama; así, estas circunstancias permiten determinar si el divorcio o nulidad causan verdaderamente un menoscabo y su entidad, a partir de la cual se llega al quantum de la compensación. Es por ello que el fallo, sea que acoja o rechace la demanda de compensación económica, debe fundarse precisamente en estas circunstancias, y el juez debe aplicar todas las circunstancias del artículo 62, en la medida que ellas concurren en la situación de los cónyuges, y de esta aplicación conjunta resultará si el divorcio o la nulidad produce o no menoscabo y la cuantía de la compensación”;

remuneradas, lo dejará en una posición desmejorada con respecto a sus pares que se hayan desarrollado laboral y profesionalmente.

Si bien es cierto lo anterior, debe considerarse además de la duración del matrimonio como tal, a saber, cual fue su duración efectiva, en el entendido de que las partes pueden llevar mucho tiempo casadas, pero la vida en común puede haber sido mucho menor. Especial consideración debiera tener, aunque se trate de materias independientes, el cumplimiento de la obligación alimenticia para con el cónyuge más débil, si es que hubo un lapso en que no convivieron las partes, sea de manera voluntaria o compelida por el tribunal. Debiendo el juez determinar cual es el punto de partida hacia el futuro de los cónyuges, no puede dejar de considerar el hecho de que el cónyuge potencial deudor de compensación económica haya cumplido con su deber de socorro y mantención del otro, ya que ello significa entregar al cónyuge más débil los medios necesarios para su subsistencia<sup>46</sup>, por lo que la posible situación desmejorada podría verse atenuada, ya que si se tienen estos medios, el hecho de no ejercer actividad remunerada puede deberse a una mera decisión personal, y no ser causa necesaria de la dedicación exclusiva a las labores propias del hogar común o crianza de los hijos.

Como toda materia a este respecto, deberá el juez ahondar en los hechos que se aleguen, ya que a este respecto también se deben considerar las subjetividades del caso, ya que si se poseen los medios necesarios, que son

---

<sup>46</sup> En este sentido señala la Corte de Apelaciones de Antofagasta en sentencia de fecha 6 de diciembre de 2006, en autos rol 1016-2006, en su considerando tercero: "...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 Enedina Sandón Aban se ha dedicado al cuidado de los hijos durante el matrimonio, como lo ha reconocido expresamente el actor al responder la absolucón N° 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..." En <http://www.legalpublishing.cl>



aportados por el otro cónyuge, para que no sea necesario que deba dedicarse estrictamente a labores de hogar o crianza, malamente podría estar legitimado el solicitante para que se le compense un menoscabo que por propia decisión se irrogó.

## **SITUACION PATRIMONIAL DE LOS CONYUGES**

La situación patrimonial de los cónyuges viene a tratarse de un elemento objetivo en el análisis del caso, ya que en principio, se tratará del mero diferencial de la situación patrimonial de ambos una vez terminado el matrimonio.

Especial relevancia tendrá en este caso el régimen patrimonial de bienes que hayan pactado las partes, y el nivel de aporte a los gastos propios de la familia durante el matrimonio<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> En este sentido TURNER SAELZER: "...las relaciones patrimoniales durante el matrimonio se rigen por el respectivo régimen patrimonial matrimonial. El ámbito de autonomía de los cónyuges les permite decidir libremente al iniciar su vida matrimonial si han de regirse por un estatuto comunitario o de separación de patrimonios. Tal decisión desplegará sus efectos más visibles generalmente una vez que el matrimonio termine por alguna causa legal. Lo mismo ocurre con la distribución del trabajo dentro del matrimonio: el acuerdo acerca de quién asumirá el trabajo doméstico y quién el remunerado, y en qué medida, corresponde privativamente a los cónyuges, según su proyecto de vida en común. No puede un tribunal, cuando ese proyecto de vida se ha frustrado, asumir la "revisión" de tales acuerdos conyugales so pretexto de hacer justicia entre los cónyuges." TURNER SAELZER, Susan. *Sentencia sobre requisitos de procedencia y finalidad de la compensación económica (Corte de Apelaciones de Valdivia). Comentario de Susan Turner Saelzer*. Revista de Derecho Vol. XIX N°2. Santiago. 2006.

Si se tratare de un régimen de separación total de bienes, no cabe duda que se trata de un antecedente objetivo, a saber, la diferencia de los patrimonios de las partes, considerando si lo que los cónyuges hayan aportado al mantenimiento de la familia. Así, por ejemplo, si la residencia principal de la familia fue un bien raíz de propiedad de uno de los cónyuges, no puede si no considerarse dicho antecedente para la determinación de la procedencia y monto de la compensación. Es cierto que al no existir comunidad de bienes ni administración exclusiva por parte de uno de los cónyuges no existe un perjuicio inmediato, ya que no hay derechos, recompensas, ni gananciales que repartir. Pero sí existe un aporte que voluntariamente se hizo al mantenimiento de la familia, toda vez que los frutos que podría haber rendido dicho bien fueron destinados en su totalidad para ella, por lo que existiría una suerte de perjuicio derivado del no goce de los mismos por quien es su legítimo dueño.

En el caso más complejo de un matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, existe un vacío legal en cuanto a la temporalidad de los procesos que puedan llegar a facilitar la determinación de cual es la verdadera situación patrimonial de los cónyuges. Ello porque necesariamente debiera establecerse con antelación cual será el patrimonio final de los cónyuges posterior a la liquidación del régimen, proceso en que realmente se podrá determinar que derechos tendrían cada uno sobre los bienes que conforman la sociedad conyugal. Difícilmente será preciso un examen de ésta con antelación a la liquidación del régimen, ya que el juez no puede pronunciarse sobre potenciales derechos que no han sido declarados por autoridad alguna<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> En este sentido, el artículo 38 de la indicación presidencial a la Comisión de Constitución del Senado, que en su primer informe versa: "... deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando las resultas de la liquidación del régimen patrimonial de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos". Historia de la Ley 19.947, página 587. <http://www.bcn.cl>.

Si bien se trata de materias diferentes, que no se relacionan directamente<sup>49</sup>, es por éste elemento establecido para determinar el quantum de la compensación que se hace necesario uno de otro. Si se requiere determinar cual es el patrimonio final, necesariamente se deberá determinar posterior a la liquidación del régimen, ya que previo a ella, no puede establecerse la que porcentaje será adjudicado de la comunidad de bienes posterior a la disolución de la sociedad conyugal.

Si bien actualmente la ley faculta al juez de familia a pronunciarse sobre la liquidación de la sociedad conyugal, sólo lo hace en cuanto medie acuerdo de las partes. Si ello no sucede, sólo existe la posibilidad de que esta se realice por medio de instrumento público, que requiere también el acuerdo de las partes, o que dicha materia se someta a un arbitraje. Siendo entonces la liquidación contenciosa una materia de arbitraje forzoso, fácil es preveer cual es la consecuencia natural: que los matrimonios entre personas de escasos recursos o en situación de vulnerabilidad social, que por regla general poseen como único bien de estimación un inmueble de bajo valor, no podrán nunca soportar el costo de un arbitraje sin ver disminuido considerablemente su haber.

Al no poder liquidar la sociedad conyugal, trámite previo que a juicio de este autor es de la mayor necesidad para determinar la situación objetiva de las partes una vez terminado el matrimonio, el juez nunca podrá realmente dilucidar la real situación patrimonial de los cónyuges, por lo que puede darse el efecto odioso de que la compensación se transforme, si luego se liquida la sociedad conyugal, en una carga injusta e inabordable. Si a ello agregamos la inmutabilidad de la compensación, es decir, la imposibilidad de volver a considerar su procedencia y cuantía, puede llegar a ser a su vez un instrumento que represente un enriquecimiento injusto para el solicitante, toda vez que si se hubiere liquidado la

---

<sup>49</sup> “En mi opinión, su procedencia no depende en nada del régimen”. DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen *El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto*. Pagina 118.

sociedad en su momento, podría no haberse decretado compensación alguna, o haber rebajado considerablemente su monto.

## **BUENA FE**

La introducción de este elemento, en conjunto con la circunstancia descrita en el inciso 2° de la misma norma parecieran contra decir los fundamentos de la compensación económica, cuya función como ya se dijo es corregir y proyectar la situación actual y futura de los cónyuges. Al supeditar en parte la institución a la conducta de las partes, pudiera parecer que se presenta como una sanción pecuniaria al divorcio, más que una forma de compensar el menoscabo. No es esta la interpretación que debe dársele a este elemento, ya que el inciso 2° se trata de una regla distinta, por lo que se estima que la ponderación de la conducta servirá como referente para aumentar o disminuir la cuantía, una vez que ya se haya considerado procedente la compensación. Ésta no es una sanción al comportamiento de las partes, no puede colegirse dicha función de norma alguna, como menos de los modelos que tomó el legislador como referente. Se puede prever una escasa aplicación de este elemento, toda vez que adolece de una extrema vaguedad, no se delimitó en específico su ámbito de aplicación, y si se confronta con la imposibilidad de solicitar compensación por la misma causa, el rango intermedio que la hace aplicable resulta muy difuso.

## **EDAD Y ESTADO DE SALUD DEL CONYUGE BENEFICIARIO**

Hay a este respecto que desglosar ambos elementos de análisis. Antes que todo, si bien es cierto que la ley establece que ambos elementos deben considerarse respecto al cónyuge beneficiario, no es menos cierto que se deberán

ponderar estos hechos con respecto a los mismos del cónyuge potencial deudor. Ello por razones de lógica, principio rector en cuanto a la ponderación de los medios probatorios que se aporten al juicio, ya que no pueden considerarse los antecedentes del beneficiario de manera aislada, ya que el estado en que queden las partes con posterioridad al divorcio debe necesariamente ser analizado teniendo a ambos como referencia, porque de otra forma se trataría de una operación aritmética objetiva. Ambos cónyuges pueden ser personas de avanzada edad, o con deteriorados estados de salud, circunstancia que no puede estar ajena al análisis. Al no establecerlo la norma como elementos distintos, debe entenderse que se trata de situaciones relativas, por lo que se hace necesaria la comparación.

En primer término, referido a la edad del cónyuge beneficiario, tendrá importancia no como factor en si mismo, sino para efectos de considerar su relación con el estado de salud, y mas importante aún, con las posibilidades de acceso al mercado laboral. Es la propia voz “mercado laboral” la que habla por si misma a este respecto, ya que si al terminar el matrimonio el cónyuge mas débil tiene una avanzada edad, difícilmente podrá insertarse en una mejor situación a desempeñar actividades lucrativas en comparación con su cónyuge, quien se supone, ha ejercido actividades profesionales, o al menos remuneradas durante el tiempo que haya durado el matrimonio.

Cierto es que la edad por si sola tampoco constituye un elemento decidor a este respecto, ya que deberá ir necesariamente encadenado a la duración que haya tenido el matrimonio y la vida en común de los cónyuges.

Respecto a la edad de los cónyuges debiera surgir con cierta frecuencia una problemática en los divorcios a edades avanzadas. Si consideramos lo expuesto anteriormente, tanto la duración del matrimonio y vida en común, como la edad de los cónyuges debe ser considerada para estimar la cuantía de la compensación. Pues bien, siguiendo esa lógica, resultaría natural estimar una mayor cuantía

cuando estos elementos tienen valores elevados. De los datos entregados por Instituto Nacional de Estadísticas para el año 2006<sup>50</sup>, resulta que los grupos etáreos que acumulan la mayor cantidad de sentencias de divorcios oscilan entre los 40 y 60 años. Para todos los casos que los matrimonios posean una larga data, agregando este factor de edad, debiera resultar frecuente que se estime que los montos de compensación serán considerablemente elevados para el deudor, por la conjunción de ambos elementos. Pero debe considerarse a su vez que el cónyuge deudor no prevendrá por regla general el evento de divorcio y obligación al pago de una prestación en dinero, por lo resultará en extremo complejo poder soportar una carga económica de esta envergadura, especialmente en sectores de mayor vulnerabilidad social, aún cuando sea legítimo el ejercicio de este derecho.

Referido al estado de salud, claramente significará otorgar una compensación de mayor importe, pero no por sí misma, sino en el caso que ello le impida a la parte solicitante poder integrarse al mercado laboral. No corresponderá en este caso ponderar condiciones clínicas que existieron durante el matrimonio, ya que la compensación procede sólo cuando no se ejercieron actividades remuneradas por dedicarse a labores de la familia. En este sentido, no se considera que un deteriorado estado de salud estando vigente el matrimonio pueda ser un elemento central en la determinación de existencia de menoscabo, ya que esta institución no pretende mantener el la situación que se gozaba durante el matrimonio. No existiría una pérdida real durante el matrimonio, que haga legítimo por sí solo compensar al solicitante. Sí importa a efecto de proyectar la situación futura de los cónyuges, caso en que deberá necesariamente proyectarse en el caso de ambos, no sólo del solicitante.

---

<sup>50</sup> Última medición de acceso a público. En estadísticas sociales y culturales de justicia de <http://www.ine.cl>.

## **SITUACION EN MATERIA DE BENEFICIOS PREVISIONALES Y DE SALUD**

Las expectativas o derechos ya adquiridos en cuanto a ser titular de una pensión u otro beneficio se pierden con el término del matrimonio, lo que puede situar al cónyuge acreedor de compensación en una situación de desequilibrio.

No es esta la lectura que debe darse a la norma, ya que la prestación compensatoria no se justifica en el mantenimiento de un cónyuge a otro. Por ello, la situación descrita deberá ponderarse a título personal, para poder determinar si existen beneficios previsionales y de salud a favor del solicitante. Como generalmente ellos son accesorios al haber desempeñado actividades lucrativas, servirá de referente al Juez para poder estimar cual fue la capacidad ocupacional del mismo. Pero no puede tener tal extensión, al punto de que le sea imputable al cónyuge deudor la escasa previsión que pudiera haber tenido el acreedor. Es por ello, que si en el curso del proceso se logra determinar que se desempeñaron actividades lucrativas (que no es impedimento para solicitar la compensación, ya que se puede haber sido en una menor medida de lo que el solicitante querría y podía), debiera estimarse que la ausencia o la existencia de escasos beneficios previsionales y de salud responden a decisiones o circunstancias fácticas controladas por la parte que exige la prestación, o al menos, que el potencial deudor no tuvo poder de controlar.

## **CUALIFICACION PROFESIONAL Y POSIBILIDADES DE ACCESO AL MERCADO LABORAL**

A este respecto, cabe hacer una serie de precisiones que deberán necesariamente ser parte del razonamiento judicial al momento de establecer la procedencia y cuantía de la institución en comento.

En un primer término, la misma existencia de una cualificación profesional, entendiéndola ésta como la profesionalización por medio de estudios superiores de una profesión u oficio, no puede ser un elemento objetivo de análisis, ya que deberá indagarse a fin de descubrir si es que efectivamente la parte solicitante tuvo intenciones de obtener una cualificación profesional en un determinado oficio o no. Si bien es cierto que resulta complejo dar fe de lo anterior, debiera ser la parte que alega el hecho quien deba probarlo. Por ejemplo, una pareja contrae matrimonio a la edad de 30 años. Si consideramos que en Chile la edad promedio para comenzar estudios superiores oscila entre los 18 y los 20 años, sobre los 25 ya se debiera obtener una cualificación profesional. Por ello, mientras más se aleje el caso de este estándar promedio, debieran ponderarse esta circunstancia a fin de determinar si fue efectivamente por causa del matrimonio y las labores de la familia que no pudo obtenerse una cualificación superior, o si debe indagarse a fin de encontrar otro tipo de externalidades que puedan haber influido, dentro de las cuales claramente puede haber un elemento volitivo.

A mayor abundamiento, no es estrictamente necesaria la existencia de profesionalización para poder desempeñar una actividad lucrativa, ya que existen actividades que no requieren estudios avanzados, por lo que no es tarea del juez imponer la obligación de reparar su falta en los casos que ello no sea por causa de dedicarse de lleno a las labores propias de la familia, sino a una opción personal, que puede venir o no condicionada por el medio en que las partes se desarrollen, pero que no tuvo como causa, mediata o inmediata, la celebración del matrimonio, su término, o la vida en común<sup>51</sup>. Por ello, será muy importante establecer la causa

---

<sup>51</sup> En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 24 de octubre de 2006 en autos Rol 6710-2006, la cual establece en su considerando tercero: “3) ... en el mundo laboral efectivamente existen trabajos que requieren una determinada preparación, como los profesionales, y otros, en cambio, en que tal preparación no es necesaria. La demandante reconventional pudo perfectamente desempeñarse en algún trabajo remunerado que no requiriera estudios avanzados...” En <http://www.legalpublishing.cl>



por la cual existe una merma de cualificación laboral, y posibilidades de acceso al mercado laboral disminuidas

## **COLABORACION A LAS ACTIVIDADES LUCRATIVAS DEL OTRO CONYUGE**

En ciertas ocasiones, uno de los cónyuges se desarrolla profesionalmente por medio de la colaboración a la actividad del otro. Por lo general, en el marco de dicha actividad profesional, el primero no recibe remuneración alguna, ya que como participa directamente de los beneficios patrimoniales del segundo, se hace innecesario el traslado de las utilidades a título salarial.

Ante la ruptura de la convivencia y el término del matrimonio, se da en este caso que la actividad profesional, industrial o mercantil de uno de los cónyuges puede haber prosperado considerablemente gracias a la colaboración del otro, quien queda sin un medio propio de vida. Ello claramente produce un enriquecimiento en uno de ellos, a costa del empobrecimiento del otro. Si se diera el caso en comento, este empobrecimiento será parte del menoscabo a ser reparado, por lo que además de cuantificar el monto, este elemento, en caso que se diera en la especie, será primordial para determinar la existencia misma del derecho.

## **CAPITULO IV**

### **JURISPRUDENCIA**

Del examen de las sentencias sobre la materia de estudio, a saber, desde el año 2005 a la fecha, cuando comenzó a regir la Ley de Matrimonio Civil, podemos ver que no existen criterios uniformes en la aplicación de la institución objeto de este estudio.

Las Cortes constantemente incurren en errores típicos, en un principio, en cuanto a la naturaleza y características de la compensación económica, y lo que mas interesa, en la correcta aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley 19.947,

toda vez que no es frecuente que tanto los tribunales de familia como las Cortes exijan el cumplimiento copulativo de ambas normas para establecer la procedencia de la compensación.

Por regla general, si se llega a efectuar un examen detenido de la norma del artículo 62, será para efectos de cuantificar el monto, pero no se le considera dentro de los requisitos de procedencia. Como ya se mencionó, el examen de ambas normas debe ser simultáneo, ya que ambas configuran requisitos que determinan la procedencia de la acción, circunstancia que se puede ver escasamente en la jurisprudencia nacional. A mayor abundamiento, pareciera ser que la norma en comento tiene como finalidad evitar cualquier tipo de arbitrariedad en la determinación de la existencia del menoscabo, para evitar de esta forma que dicho juicio sea antojadizo, ya que el error en la aplicación de esta norma debiere ser susceptible de casación en el fondo.

Por lo anterior, es pertinente seleccionar algunas sentencias de los tribunales nacionales, para poder focalizar cuales son los errores más recurrentes, de un universo relativamente acotado, por cuanto si bien el derecho de familia es un área muy amplia del derecho, la nueva Ley de Matrimonio Civil tiene sólo tres años de aplicación, pero se puede apreciar que a través de los Tribunales del país, y desde que entró en vigencia la ley, los errores de interpretación han sido similares, por lo que las sentencias que se pasan a reproducir, si bien pudieren ser reiterativas, ello intenta ilustrar la forma incorrecta en que se han aplicado las normas.

#### **CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. CAUSA ROL 1016-1006.**

Antofagasta, seis de Diciembre de dos mil seis.

VISTOS: Se reproduce la sentencia apelada, con excepción de los motivos décimo sexto, décimo noveno, vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero, que se eliminan. Y se tiene, además, en su lugar presente:

PRIMERO: Que, para los efectos de verificar la existencia del menoscabo económico alegado por la demandante, señora Enedina Sandón Aban, en sustento de la demanda reconvenicional dirigida en contra de su cónyuge, el actor señor Alfonso Marino Chinchilla Mamani; y consecuentemente, la procedencia o no de la compensación que lo repare, como asimismo su eventual monto, se tienen en cuenta los siguientes antecedentes y circunstancias que obran en la causa: a) Durante la vida en común de los cónyuges, que se extendió por trece años, entre 1980 y 1993, el 8 de septiembre del año 1988, el demandado reconvenicional adquiere un inmueble ubicado en Calama, calle Lenguado N° 3016, según lo acredita la escritura pública rolada a fojas 28 y siguientes, el que ocupa la demandante reconvenicional, como vivienda y domicilio, según aparece del estampado receptorial de fojas 20 y del documento de fojas 22, correspondiente al privilegio de pobreza otorgado a la misma. b) A fojas 54, rola certificado extendido por el Conservador de Bienes Raíces de El Loa, Calama, que acredita que doña Enedina Sandón Aban, el 02 de enero de 1986, adquirió la propiedad raíz y vivienda ubicada en Calama, correspondiente al sitio N° 6 de la manzana C del Plano de Loteo de la Población Independencia; y que el precio de venta de \$150.000. fue pagado de contado. c) El actor y la demandante, tenían 41 y 35 años de edad, respectivamente, cuando terminaron la convivencia el año 1993, según se desprenden del certificado de matrimonio de fojas 1. d) La demandada y actora reconvenicional se ha dedicado al cuidado de los tres hijos matrimoniales, y a las tareas propias del hogar común, esto último hasta la data de la separación, para los efectos de estas consideraciones. e) A partir de la separación año 1993 el actor ha proveído de alimentos a sus hijos, primeramente el 20% y después el 40%, porcentaje este a contar de noviembre del año 1996, y en ambos casos sobre el total de sus emolumentos como trabajador de Codelco, deducido los descuentos estrictamente legales, conforme lo acreditan los documentos de fojas 5 y 9, respectivamente; y los testimonios de los testigos del demandado reconvenicional, señores Lucía Huanca Cruz y Julio Siarez Flores a fojas 71 y 71 vuelta, en cuanto a que la demandante reconvenicional nunca ha trabajado viviendo siempre de la pensión alimenticia proporcionada por su cónyuge. f) En virtud del referido porcentaje del 40%, la actora reconvenicional ha recibido, para sus hijos, las sumas consignadas en las liquidaciones de fojas 39, 40, 42 y 75, esto es, \$367.108, \$421.208, \$359.784 y \$391.214, correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo del 2005, y febrero del 2006, respectivamente. g) Por su parte, el actor y alimentante en esos meses, en el mismo orden, ha obtenido como líquido a pagar, considerando anticipos, las sumas de \$315.000, \$420.000, \$360.000 y \$450.000. h) De fojas 77 a 81, corren comprobantes de envíos de giros efectuados por el actor a sus hijas Fabiola y Sandra, más otros que acreditan la cancelación del consumo de agua y de electricidad, correspondientes éstos a su domicilio de calle Pedro Aguirre Cerda N° 2124, Calama.

SEGUNDO: 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.

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 Enedina Sandón Aban se ha dedicado al cuidado de los hijos durante el matrimonio, como lo ha reconocido expresamente el actor al responder la absolucón N° 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 Lenguado 3016, 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 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 reconventional de compensación económica deducida por la señora Enedina Sandón Aban.**

QUINTO: 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 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, pues en la especie, como se ha razonado precedentemente, quien reviste dicha calidad es el actor y de mandado reconventional, quien, por lo demás, deberá seguir soportando la pensión alimenticia que paga actualmente a favor de sus tres hijos, atendido que la sentencia que declara el divorcio no afecta los derechos de alimentos en favor de aquellos, los cuales, al no haber controversia acerca de su vigencia, seguirán siendo percibidos y administrados por la demandada, es decir, resulta evidente entonces que ésta continuará en el mismo estado económico que tenía antes de la demanda de divorcio deducida en su contra.

SEXTO: Que no obsta al rechazo de la compensación económica los hechos por los cuales el actor fue condenado al pago de una multa el año 1993, según da cuenta la copia de sentencia rolada a fojas 92, pues la motivación que provocó los golpes propinados a su mujer, no puede asimilarse al concepto de buena o mala fe del artículo 62 de la ley citada, en primer término por tratarse de una situación fáctica aislada toda vez que no existen en autos antecedentes similares, y en segundo término, porque dicho concepto implica maquinaciones intelectuales con tinte doloso, prolongadas en el tiempo, aspectos que por las probanzas rendidas han estado muy lejos de concurrir en el caso de autos.

Por estas consideraciones, y lo prevenido en los artículos 61, 62 y 92 de la Ley de Matrimonio Civil, y 186 del Código de Procedimiento Civil, se REVOCA la sentencia apelada de fecha treinta y uno de julio del año dos mil seis, escrita a fojas 121 y siguientes, en cuanto en su Resuelvo 2º condena a don ALFONSO MARINO CHINCHILLA MAMANI a pagar una compensación económica de \$25.000.000 (veinticinco millones de pesos), a doña ENEDINA MARCELINA SANDON ABAN, y en su lugar se declara que no se hace lugar a dicha compensación. SE CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada. Cada parte pagará sus costas. Regístrese y devuélvase. Rol N° 1.016 06. Redacción del abogado integrante señor Alfonso Leppes Navarrete. Pronunciada por la Primera Sala, integrada por los Ministros Titulares Srta. Marta Carrasco Arellano y Sra. Rosa María Pinto Egusquiza y el Abogado Integrante, Sr. Alfonso Leppes Navarrete. Autoriza el Secretario Subrogante, Sr. Sergio Montt Martínez.

De la sentencia transcrita, el primer error que se evidencia del razonamiento de la Corte es considerar que la compensación se traduce en una continuación del deber de socorro que se deben los cónyuges, ya que en el considerando segundo de la misma es precisamente esa la idea que subyace, la de solucionar un desequilibrio patrimonial por el cese de la obligación de otorgar alimentos. Ello, como ya se mencionó, no justifica de por sí este instituto, ya que la compensación no puede materializarse en una prestación destinada al mantenimiento del cónyuge, sino que justamente debe compensar el menoscabo sufrido por el cónyuge más débil. Cabe señalar que la sentencia reproducida data del año 2006, por lo que desde ese tiempo a esta parte tanto doctrina como jurisprudencia han uniformado casi totalmente sus criterios en cuanto a la justificación y naturaleza jurídica de la institución, como una obligación legal de compensar el menoscabo económico sufrido por una de las partes, dejando de lado la idea de una prestación de supervivencia o mantenimiento.

En lo que compete, la Corte incurre en el error de considerar el menoscabo económico como una situación de hecho ponderable libremente, para lo cual se limita a establecer que la sola causa de tener el dominio sobre un inmueble supone la inexistencia de menoscabo, en el entendido que si la demandante reconvenzional de compensación se procuró fondos en algún momento para adquirir su propiedad, no podría sufrir menoscabo económico.

El razonamiento de la Corte se limita a considerar los requisitos del artículo 61, entendiendo que de ellos se desprende indefectiblemente la procedencia de la acción compensatoria, asumiendo así una preferencia por la opinión de parte de la doctrina nacional ya criticada, en cuanto a que el menoscabo se desprende siempre de los primeros dos requisitos del artículo 61. De esta forma, la Corte considera que si la actora reconvenzional adquirió un inmueble en propiedad durante la vigencia del matrimonio, tiene que haber tenido la posibilidad de procurarse fondos para ello. Pero no subsume esta presunción en la realización de

actividades remuneradas que le hubieren proveído los fondos para ello (segundo requisito del artículo 61), sino que estima que ello es el único factor que determina la inexistencia del menoscabo. Y si se acepta la posición de la Corte en cuanto a que de los dos primeros requisitos del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil se deduce el menoscabo, podría ser aceptable, ya que sería la consecuencia lógica. Pero el error radica precisamente en considerar que el menoscabo se deduce del artículo 61 solamente, ya que debe hacerse un examen, por expresa disposición del legislador, a los elementos del artículo 62, para poder llegar a estimar que no existe menoscabo sufrido por la actora.

En lo que si acierta la Corte es en ponderar la obligación de alimentos a favor de los hijos comunes, que al momento de dictarse la sentencia era administrada por la madre, toda vez que según consta de la testimonial rendida, ella le ha permitido abstenerse de ejercer actividades remuneradas. Al acreditarse el cumplimiento de dicha obligación durante toda la vigencia del matrimonio, y al dejar establecido que dicho derecho no se verá afectado por la declaración de término del matrimonio, como la situación antes expuesta, parece razonable considerar ello como un antecedente que relevante al momento de establecer la existencia de menoscabo. Pero como se ha expuesto, esta situación debe ser subsumida en la norma legal, por lo que debe ser parte de los elementos del artículo 62, especialmente relacionado con la situación patrimonial de las partes y la duración del matrimonio y la vida en común.

Por tanto, si bien se considera acertada la decisión de la Corte, debiera ella sostener un razonamiento lógico en la relación de los hechos con las normas aplicables, para de esta forma dilucidar de que manera se entendieron cada uno de los elementos del artículo 62, para determinar la inexistencia de menoscabo, y por tanto, la improcedencia de la compensación decretada en primera instancia.

## **CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. CAUSA ROL 4784-2007**

Santiago, veinte de noviembre de dos mil siete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del considerando duodécimo que se elimina;

Y teniendo en su lugar además presente:

1º. Que mediante el recurso de apelación la demandante reconvenional, a su vez demandada principal, solicita la revocación de la sentencia definitiva solo en la parte que se rechaza la demanda reconvenional y pide se acoja esta en todas sus partes. Funda el recurso, en que se dan los presupuestos para otorgar el beneficio que establece el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, toda vez que durante los veintisiete años que permaneció junto al actor principal y demandado reconvenional, se dedicó exclusivamente a la crianza de los siete hijos nacidos durante el matrimonio y del cuidado del hogar común, sufriendo por ello un menoscabo económico, al verse privada de poder desarrollar una actividad lucrativa, pues ni siquiera contaba con el apoyo de una asesora del hogar, que la ayudara en esa ardua tarea. Que, además, debió trasladarse a vivir a distintas ciudades de Chile, tales como Curicó, Freirina, Arica y otras, acompañando al demandado, quien en su calidad de juez debió desempeñar sus labores en esas ciudades. Que quedó sola a cargo de los siete niños, cuando aquél fue nombrado Ministro de la ltma. Corte de Apelaciones de Talca. Que el hijo menor de ambos, Brian Dennis, falleció a los cinco años de edad, después de haber sido operado tres veces de un tumor cerebral, debiendo ella llevarlo continuamente a tratamiento.

2º. Que el actor principal y demandado reconvenional al contestar la demanda, señala no ser efectivo que la señora Echavarría se dedicara sola al cuidado de los hijos de ambos, porque tres años después de contraído matrimonio, la madre de ésta, doña Carmen Palma, se fue a vivir con ellos y permaneció con la familia hasta que falleció, dedicándose a la crianza y cuidado de los menores. Que, luego de la separación, la demandante reconvenional realizó algunos trabajos remunerados, pero no persistió por propia decisión. Que él debió financiar los estudios universitarios de sus seis hijos. Que actualmente tiene 80 años de edad y otros dos hijos, de 20 y 17 años, nacidos de una convivencia posterior, a quienes debe mantener y pagar sus estudios.

3º. Que, de los documentos acompañados a fojas 1 y 179 a 185, se desprende que la pareja contrajo matrimonio el 22 de julio de 1950 y que entre abril de 1951 y julio de 1961 nacieron seis hijos. En el año 1969 nació el séptimo y último de éstos, quien a raíz de un tumor cerebral debió ser operado tres veces, para finalmente fallecer en junio de 1974, a los cinco años de edad, según lo señalado por el propio demandado reconvenional en su escrito de fojas 168 a 169.

4º. Que, de los certificados de nacimiento de los menores y absolución de posiciones rendida por el demandado en segunda instancia, rolante de fojas 217 a 223, se puede concluir que la mujer debió trasladarse al menos durante los primeros once años de matrimonio, a distintas ciudades del territorio nacional, a fin de acompañarlo en las diversas destinaciones, que en su



calidad de Juez le fueron asignadas y es así como los hijos de ambos nacieron en las localidades de Chuquicamata, Antofagasta, Iquique, Linares y Santiago.

5°. Que, con el mérito del instrumento rolante a fojas 3, que da cuenta de la transacción sobre alimentos futuros celebrados entre las partes en el año 1990, acompañado por el demandante principal como documento fundante de la demanda de divorcio, se puede establecer que la demandada no ejerció actividades remuneradas mientras duró la convivencia con su cónyuge.

6°. Que, de los dichos del actor principal en su presentación de fojas 120 a 123, se desprende que en 1977 se separó definitivamente de su mujer y que ésta, luego del quiebre matrimonial y entre los años 1978 a 1982 o 1983, desempeñó trabajos remunerados o lucrativos en distintos negocios; lo que no fue controvertido por esta última.

7°. Que, de lo anterior se concluye que la demandante reconvenzional luego de la separación y contando con mas de 50 años de edad, según certificado de fojas 1, logró desarrollar trabajos remunerados por un período de cuatro a cinco años.

8°. Que, también es posible establecer que durante los primeros once años de matrimonio, debido al trabajo de su marido en su calidad de Juez y a fin de permanecer junto a él, debió trasladarse continuamente de ciudad a lo largo de Chile. Que durante el período de diez años tuvo al menos seis embarazos, del que nacieron igual número de hijos; que posteriormente nació un séptimo, debiendo avocarse a la crianza y cuidado de toda la prole, aparte de realizar la totalidad de las labores inherentes del hogar común, sin contar con ayuda externa, salvo la de su madre, que aminoró en parte la ardua tarea que recayó sobre sus hombros.

9°. Que de no haber seguido a su marido por distintas ciudades con ocasión de su trabajo; ni haber tenido que llevar a cabo una labor silenciosa, extenuante y de tiempo completo, como es la crianza y educación de los numerosos hijos, lo que desarrolló en forma exitosa, pues todos llegaron a ser profesionales; ni tenido que avocarse a las tareas domésticas del hogar común, sin duda se habría desenvuelto en una actividad lucrativa o remunerada, lo que queda demostrado con el hecho que, al separarse de su cónyuge y ya con los hijos más crecidos, durante cuatro o cinco años desarrolló dicha labor.

**10°. Que, la imposibilidad de efectuar durante esos años un trabajo remunerado, por estar dedicada exclusivamente a su marido, a la crianza y educación de sus hijos, así como a las labores del hogar común, sin duda le causó un perjuicio económico, que además la privó de poder contar con una jubilación, pues no tiene cotizaciones previsionales, según documento de fojas 186.**

11°. Que, la Ley de Matrimonio Civil en su artículo 61 dispone: "Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o, a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o 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 .

12°. Que en el caso en cuestión, concurren los supuestos descritos en la norma antes citada, para dar lugar a la compensación económica.

**13°. Que, para fijar el monto de la indemnización el tribunal tendrá en cuenta: a) la duración del matrimonio; b) los 27 años de vida en común de los cónyuges; c) la situación patrimonial de ambos (el demandado reconvenzional percibió en abril de 2006**

**por concepto de jubilación \$960.777, efectuado los descuentos de los impuestos fiscales, a la cual se le retuvo judicialmente por pensión alimenticia de su mujer \$203.857, según documento acompañado a fojas 62 y de la demandante no se ha acreditado ningún ingreso, salvo los antes señalado, ni existencia de cotizaciones provisionales; d) edad de los cónyuges: él 82 años, ella 80 años; e) estado de salud de las partes; f) imposibilidad de acceso al mercado laboral de la mujer por su avanzada edad y falta de preparación específica; g) condiciones domésticas: (él vive en Villarrica con su actual pareja y mantiene a los dos hijos nacidos de esta última unión; ella vive en casa de una hija).**

14°. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 19.947 y lo señalado en los considerandos que preceden, se fija el monto de la compensación económica que el demandado reconvenional debe pagar a la actora, en la suma de veinticuatro millones ciento noventa y dos mil de pesos (\$24.192.000), cifra a la que se llega, tomando en consideración los factores antes señalados y en razón de calcular uno coma cuatro (1,4) ingresos mínimos mensuales por el transcurso de diez años; estableciéndose como modalidad de pago una cuota mensual de 10,35 U.F., por el lapso de 120 meses, que se enterará del mismo modo en que se hacía con la pensión de alimentos, es decir, por retención judicial, descontable directamente de la jubilación de don Sergio W. Dunlop Rudolffi; debiendo oficiarse al organismo correspondiente, para el efecto.

Por estos fundamentos y lo previsto, también, en los artículos 61, 62, 64, 65 y 66 de la Ley 19.947; 186, 223 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara que se revoca la sentencia de fecha once de junio de dos mil siete escrita de fojas 132 a 148, solo en cuanto no hizo lugar a la demanda reconvenional, declarándose en su lugar, que se acoge la demanda reconvenional interpuesta a fojas 37, y se fija en veinticuatro millones ciento noventa y dos mil pesos (24.192.000) el monto de la compensación económica que Sergio Wenceslao Dunlop Rudolffi deberá pagar a Elisa Echavarría Palma, en la forma y plazo señalados en el motivo catorce de este fallo; sin costas por no haber resultado totalmente vencido.

Se aprueba, en lo demás, la referida sentencia.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Ministro Suplente señora Juana Latham Fuenzalida.

No firma la Abogada Integrante señora Andrea Muñoz Sánchez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse ausente.

Dictada por la Séptima Sala de esta Ittma. Corte de Apelaciones, presidida por el Ministro señor Manuel Antonio Valderrama Rebolledo, Ministro suplente señora Juana Latham Fuenzalida y Abogado Integrante señora Andrea Muñoz Sanchez.

De la sentencia reproducida, la Corte nuevamente incurre en el error de considerar que la sola ausencia de actividades remuneradas por parte del cónyuge mas débil, supone un perjuicio económico que necesariamente debe compensarse por esta vía, según la misma expone en su considerando 10°. Así, pareciera ser que nuevamente nos encontraríamos frente a la idea de que el menoscabo

económico es una consecuencia natural de los dos primeros requisitos del artículo 61 de la ley de matrimonio civil.

A su vez, nuevamente se yerra al considerar que los elementos del artículo 62 del citado cuerpo legal son sólo elementos cuantificadores del perjuicio o menoscabo sufrido. Aunque la Corte no lo expresa de esta forma, al señalar en su considerando 13° que utilizará dichos elementos “para fijar el monto de la indemnización”, no precisa que dichos elementos hayan sido examinados para determinar la procedencia de la compensación. Es más, señala expresamente que la sola circunstancia de verse impedida de ejercer actividades lucrativas por dedicarse al cuidado del hogar y los hijos le irrogó un perjuicio, en los términos señalados por la normativa aplicable, sin razonar sobre la configuración en la especie del menoscabo económico, sobre la base de los elementos que el legislador entrega para estos efectos.

#### **CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. CAUSA ROL 6710-2006**

Santiago, veinticuatro de octubre de dos mil siete.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

- a) En su considerando noveno se reemplaza la voz “ascendiente por “ascendente ;
- b) Se suprime su motivo decimocuarto.

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

1º) Que son hechos de la causa no controvertidos: a) que don Silvio Sijifredo Guzmán Zamora se casó con doña Sonnia Nancy Filippi March con fecha 5 de julio de 1957; b) que de esa unión nacieron tres hijos: Silvio Pedro (13 de febrero de 1962), Guillermo Enrique (10 de julio de 1963) y Gonzalo Fernando (22 de mayo de 1968), todos de apellidos Guzmán Filippi; c) que las partes cesaron su vida en común y se separaron de hecho en 1988.

2º) Que la institución de la compensación económica, que no tiene naturaleza alimenticia, aun cuando tenga algunas semejanzas con el deber de socorro, y como lo señala el profesor Carlos Pizarro Wilson en su artículo "La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena (Cuadernos de Análisis Jurídico N° 43 de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, página 11), "equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. La compensación económica presenta un marcado carácter indemnizatorio por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento del cónyuge beneficiado. De ahí que su naturaleza jurídica pueda explicarse a través del enriquecimiento a expensas de otro . Luego, debe determinarse en la especie si es procedente tal compensación y, en la afirmativa, determinarse su quantum.

**3º) Que de la prueba rendida, específicamente de la confesional del actor principal y demandado reconvenional, de fojas 68, en relación al pliego de posiciones de fojas 66, se comprueba que la actora reconvenional se dedicó, durante el período que va del 5 de julio de 1957 hasta una fecha no precisada del año 1988, al cuidado del hogar y de los tres hijos comunes, estos últimos por lo menos hasta su mayoría de edad, hecho reconocido por el marido, como se dijo, quien se limitó a agregar, al contestar la demanda reconvenional, que su cónyuge nunca pudo trabajar porque no tenía preparación alguna, argumento que no será tenido en cuenta por estos sentenciadores desde que en el mundo laboral efectivamente existen trabajos que requieren una determinada preparación, como los profesionales, y otros, en cambio, en que tal preparación no es necesaria. La demandante reconvenional pudo perfectamente desempeñarse en algún trabajo remunerado que no requiriera estudios avanzados y si tal no hizo fue, precisamente, por tener que dedicarse a cuidar del hogar común, lo que permitió a su cónyuge mejorar su patrimonio, desde que no tenía que velar o preocuparse del cuidado de los hijos o de los quehaceres domésticos.**

**4º) Que, consecuentemente, debe concluirse necesariamente que si la demandante reconvenional no pudo emplearse remuneradamente en el mercado laboral, por tener que cuidar del hogar común, ello redundó en un enriquecimiento del otro cónyuge a expensas de la mujer, quien para estos efectos tiene el carácter de cónyuge más débil, lo que, por cierto, le ha producido un menoscabo económico. Luego, debe ser compensado este menoscabo económico en la forma señalada en los artículos 61 a 66 de la ley 19.947.**

5º) Que, precisamente, usando de dichos preceptos, debe determinarse el monto de dicha compensación. Para ello debe tenerse presente que a esta fecha la demandante reconvenional tiene 69 años y 9 meses y el demandado reconvenional, por su parte, cuenta con 73 años y 9 meses. Él es jubilado de Codelco Chile y paga actualmente a su cónyuge, a título de pensión alimenticia, la suma de \$150.000 que equivale al 30% de sus rentas, como lo confesó al contestar la pregunta 11 del pliego de posiciones aludido, por lo que su pensión equivale a aproximadamente \$500.000. Finalmente, debe precisarse que ella, actualmente, de acuerdo a su edad y a su escasa calificación profesional, ve absolutamente mermadas sus posibilidades de ingreso al mercado laboral.

6º) Que por lo anterior, parece prudente fijar un monto de compensación económica ascendente a 310 (trescientas diez) unidades de fomento, pagaderos en sesenta cuotas de 5,16 unidades de fomento cada una, principiando la primera cuota al mes siguiente a aquél en que esta sentencia quede ejecutoriada.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 67 de la ley 19.968, se revoca, en lo apelado, la sentencia de dieciséis de mayo de dos mil seis y en su lugar se decide que se acoge la demanda reconvenzional del primer otosí de fojas 18, sólo en cuanto se condena al demandante y demandado reconvenzional a pagar a la actora reconvenzional la suma de dinero equivalente a 310 (trescientas diez) unidades de fomento, pagadera en sesenta cuotas mensuales de 5,16 unidades de fomento cada una, debiendo solucionarse por medio de retención que practicará la respectiva institución previsional, a contar del mes siguiente a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada, sin costas por haber tenido el demandado reconvenzional motivos plausibles para litigar.

Se aprueba, en lo demás, la misma sentencia.

Redacción del Ministro señor Mera.

Regístrese y devuélvase.

Dictada por la Sexta Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra doña Rosa María Maggi Ducommun e integrada, además, por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante don Emilio Pfeffer Urquiaga. No firma la Ministra señora Maggi, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse ausente por permiso administrativo.

En principio, resulta interesante lo señalado por la Corte en su considerando 3º, referido a la cualificación profesional de la parte demandante, ante lo cual estima que no debe ser ponderado el argumento de estar imposibilitada de ejercer una actividad remunerada por el hecho de carecer de estudios de profesionalización. Efectivamente, existen actividades que permiten a cualquier persona percibir ingresos careciendo de estudios que la califiquen profesionalmente, como por ejemplo, la asesoría de hogar, que permite al menos obtener un sustento modesto para constituir o incrementar el ingreso familiar.

Donde se comete el error, nuevamente, es en el examen del menoscabo económico. La Corte estima, siguiendo la opinión de parte de la doctrina, que la compensación se traduce en una indemnización por el enriquecimiento a expensas de otro, y para determinar la existencia de dicho enriquecimiento, se limita a dar por acreditado el haberse dedicado a las labores propias de la familia, y a no haber ejercido actividades remuneradas por esta causa. Así, al dar por acreditados estas dos circunstancias, en su considerando 4º, considera que necesariamente hubo un enriquecimiento por parte del demandado, que debe ser reparado por la institución

de la compensación económica. Nuevamente, en el razonar de la Corte se omite un análisis al artículo 62 de la ley de matrimonio civil, ya que sólo se refiere tangencialmente, por la alegación de una de las partes, a la circunstancia de la cualificación profesional, la que erróneamente aplica para efectos del artículo 61. Queda claro que la Corte no considera pertinente enfrentar ambas normas en un examen paralelo, precisamente porque configura el menoscabo sobre la base de los requisitos de la primera de ellas solamente. Sólo pondera los elementos de la segunda para efectos de determinar el quantum de la prestación, para lo cual tampoco cumpliría con el requerimiento del legislador de ponderar cada uno de ellos, al utilizar en la norma la voz “especialmente”.

## **CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGSTA. CAUSA ROL 1680-2006**

Rancagua, 20 de agosto de 2008.-

VISTOS:

En cuanto al fondo

Se reproduce el fallo en alzada, excepto los motivos décimo segundo y décimo tercero, que se eliminan.

Y, teniendo, además y en su lugar presente: 4.- Que, tal como consta de foja 142, el recurso impugna el fallo, en cuanto rechaza la demanda de compensación económica, deducida por vía de reconvención;

5.- Que, conforme a la sentencia, no se rindió prueba alguna tendiente a acreditar los fundamentos de la compensación económica y, por esta razón, se la rechaza por falta de prueba;

6.- Que, desde luego, para que se reconozca el derecho del cónyuge a ser compensado por el otro, es necesario que se cumplan las exigencias del artículo 61 de la Ley 19.947, sobre Matrimonio Civil;

7.- Que, revisados los antecedentes, resulta acreditado que la solicitante, en la actualidad, tiene 56 años, que contrajo matrimonio a los 22, que vivió junto a su marido por 21 años, cesando la convivencia en 1995, data en que el mayor de los hijos tenía 20 años, el segundo 16 y el último

8 años; que también, como consta del certificado de fojas 237, resulta establecido que la actora reconvenicional registra imposiciones hasta noviembre de 1974, misma fecha en que contrajo matrimonio;

8.- Que de esos hechos, acreditados por cierto, es dable inferir, como primera cuestión, que la mujer, durante el período de convivencia y, también con posterioridad, no ejecutó ni ha ejercido ninguna actividad remunerada, de lo cual también se infiere, como es lógico, que carece de ingresos propios, teniendo como único recurso, la pensión de alimentos que otorga el marido y el menguado aporte que efectúa uno de los hijos, como señala el informe social de foja 161;

9.- Que, además, tal como se afirma en la reconvenición, también resulta acreditado que la actora se dedicó al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común, cuestión que por lo demás, el demandado también reconoce a foja 243, al absolver las posiciones 10 y 11, de manera que, lo que éste alega al responder el libelo de compensación, no puede prosperar;

**10.- Que, entonces, establecido lo anterior, resulta evidente el menoscabo económico sufrido por la cónyuge, toda vez que por haberse dedicado al cuidado de los hijos y a dichas labores domésticas, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, baste para ello señalar, como causa de esa inactividad, que el primer hijo nació a los pocos meses de contraído el vínculo, el segundo a los 4 años y el tercero a los 13, es decir, durante el lapso de convivencia, que se extendió por casi 20 años, el total de ese tiempo, como refiere en su libelo, transcurrió a cargo de la crianza, en que lógicamente, también ejecutó las labores propias del hogar, cuestión que el demandado, correspondiéndole, tampoco ha desvirtuado, desde que no demostró, bajo ningún respecto, que la actora haya destinado ese tiempo a un fin distinto del cuidado de la familia y el hogar común ni que en esas funciones haya tenido asesoras o colaboradores, luego razón tiene al demandar compensación económica, puesto que el menoscabo económico que de ello deriva, resulta evidente;**

**11.- Que, en suma y por haberse dedicado la reconviniendo, en términos absolutos, al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, lógicamente, sin generar ningún tipo de ingreso y sacrificando, en beneficio de esas funciones, su desarrollo individual y también laboral, emerge con toda propiedad, como se dijera, el menoscabo económico y, en consecuencia, el derecho a ser compensada por su cónyuge;**

12.- Que, desde luego, para determinar la real dimensión del menoscabo económico sufrido y la cuantía de la compensación, no basta con mirar hacia el pasado "buscando establecer la medida del empobrecimiento", sino que es menester, examinar también, otros aspectos que permitan evaluar la proyección o consecuencia de ese menoscabo, en la vida futura del cónyuge solicitante.

13.- Que, en ese orden de ideas, el legislador contempló, en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, una serie de criterios, que el juez debe aplicar, para determinar la existencia del menoscabo y el monto de la compensación, entre ellos, la duración del matrimonio y de la vida en común, la situación patrimonial de los cónyuges, la edad y estado de salud del beneficiario, su situación previsional y de salud, su cualificación profesional, las posibilidades de acceso al mercado laboral y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge;

14.- Que, si bien el aporte probatorio no es muy generoso, lo cierto es que lo producido y las presunciones que ellos permiten, varias expuestas en párrafos anteriores, revisados conforme a la pauta que entrega el citado artículo 62 y apreciados conforme a las reglas de la sana crítica,

resultan bastante para establecer, a título de compensación económica, únicamente lo pedido en la letra d) del numeral 11 del libelo de reconvencción de foja 34, esto es, la suma de \$ 10.000.000, a pagarse de contado o en cuotas, a elección del deudor, pero en su equivalente a Unidades Tributarias Mensuales;

15.- Que, en tal determinación, además de lo razonado en las secciones 7, 8 y 10 del presente dictamen, resulta relevante, como criterio regulador de esa cuantía, la nula calificación profesional de la actora y su escasa posibilidad de reinserción en el mercado laboral, lo que influye, negativamente por cierto, en la generación de recursos; que, igual o superior rango ocupa su situación previsional, sin duda lo más delicado, toda vez que no registra cotizaciones, siendo las últimas en 1974, luego, no podrá disponer de una pensión de vejez y, por cierto, requerirá de atenciones de salud que, de acuerdo a la lógica natural, tenderán a acentuarse con el correr del tiempo y, por otra parte, los ingresos económicos que ahora percibe, se verán reducidos ostensiblemente, puesto que dejará de recibir la pensión de alimentos que le otorga el cónyuge y, desde luego, también dejará de ser beneficiaria en el plan de salud del demandado; y,

16.- Que, por último, en la cuantía de la compensación, también se ha considerado, como lo exige el artículo 62 de la Ley 19.947, la situación patrimonial del demandado y, si bien ha demostrado numerosos gastos y que tiene una hija con su actual pareja, lo cierto es que tales circunstancias no le eximen de compensar a su cónyuge, desde que su nivel de ingresos, como antiguo y estable operario de la mayor empresa minera del país, le han permitido hasta ahora, sin comprometer sus facultades económicas, adquirir sendos inmuebles y solventar una pensión de alimentos en favor de su cónyuge e hijos, en un monto mensual similar al que resultaría, si opta por satisfacer en cuotas el importe de la compensación.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley de Matrimonio Civil y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que se rechaza el incidente de prescripción de la apelación, deducido a foja 221, con costas.  
II.- Que se revoca la sentencia apelada de 6/10/2006, escrita de foja 134 a 140, sólo en cuanto, por su decisión II), no hace lugar a la demanda reconvenccional de compensación económica y, en su lugar, se resuelve que se acoge dicha demanda y, en consecuencia, se condena al demandado reconvenccional Federico Alberto Cabezas Rubio a pagar en favor de la actora María Elena Díaz Farías, a título de compensación económica, la suma única y total equivalente a 276,37 Unidades Tributarias Mensuales, facultándose a dicho demandado para su pago al contado o en 50 cuotas mensuales de 5,52 Unidades Tributarias Mensuales, a partir del mes siguiente al que esta sentencia quede ejecutoriada, estableciéndose que el no pago oportuno de cualquiera de éstas cuotas, hará exigible el total, como si fuera de plazo vencido, sin costas, por no haber resultado totalmente vencido.

III.- Que, asimismo, se aprueba dicha sentencia en lo consultado.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro señor Pairicán.



Como se puede apreciar, el error sistemático de las Cortes se extiende desde la entrada en vigencia de la ley hasta la fecha, toda vez que la sentencia reproducida fue dictada en agosto de 2008.

En este fallo, dejando de lado lo dispositivo del mismo, y los caracteres propios de la especie -que adolece de escasos medios probatorios para poder resolver adecuadamente la cuestión debatida- también podemos ver claramente el criterio ya tantas veces criticado, al considerar “evidente” el menoscabo que sufre una de las partes por dedicarse a las labores de la familia, y no haber ejercido actividad remunerada. Se considera que la sola situación de no percibir ingresos necesariamente produce un perjuicio, por lo que nuevamente no se ahonda en los elementos que establece la ley para justamente determinar la existencia o no de dicha situación de hecho, si la potencial diferencia patrimonial efectivamente constituye un menoscabo económico reparable sólo por medio del otorgamiento de una prestación compensatoria.

A mayor abundamiento, agrava el hecho descrito el considerando 12° de la sentencia en comento, al señalar que efectivamente el artículo 62 corresponde analizarlo en el juicio de procedencia de la prestación compensatoria, contradiciendo lo señalado anteriormente por los sentenciadores, siendo aplicado luego como un elemento estrictamente cuantificador.

## **CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. CAUSA ROL 744-2005**

Antofagasta, 31 de octubre de 2005.-

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, excepto los párrafos segundo a cuarto del considerando décimo séptimo, que se eliminan y se tiene además presente:

PRIMERO: Que las partes están contestes que la crianza de los hijos comunes Carlos

Humberto y Mónica Eugenia Vargas Calderón, le ha correspondido a la madre demandada, quien para obtener la ayuda de su cónyuge en un principio debió acudir a los tribunales para lograr una pensión alimenticia que colabore en algo a los gastos generales que debió soportar.

**SEGUNDO: Que además de criar a los menores, el sólo hecho de dedicarse al cuidado de los hijos y a las labores propia del hogar común, sin ejercer una profesión u oficio remunerados implica un menoscabo económico y estratificador para conseguir un empleo luego de la crianza aludida; situación que previó el legislador en el artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil, razón por la cual necesariamente debe accederse a esta pretensión.**

TERCERO: Que para determinar el monto de la compensación económica ha de considerarse la vida en común que tuvieron, la situación patrimonial del cónyuge demandante, la buena fe de éste al otorgarle la suma de treinta mil pesos mensuales voluntariamente y especialmente el hecho de que la demandada ha tenido una vida en común con otra persona, de cuya unión nacieron otros dos hijos.

CUARTO: Que si bien la ley requiere proteger al cónyuge más débil, también debe dejarse sentado que las personas divorciadas tienen el derecho de rehacer su vida y mirar hacia el futuro con la idea de que se ha resuelto definitivamente una unión que no prosperó dejando a la sensibilidad y afectividad de cada uno de ellos, la calidad o intensidad de los lazos familiares, sin que al derecho le sea lícito entrometerse, de tal manera que las pensiones vitalicias o de alimentos pugnan con el divorcio y sólo deberá establecerse en casos extremos de cónyuges desvalidos y que no tengan posibilidad de ejercer el derechos de alimentos en otras personas, especialmente los hijos que fueron objeto de su esfuerzo personal en la crianza y cuidado.

QUINTO: Que por lo razonado no se dará lugar a la pensión vitalicia y, por lo mismo, se accederá al pago de la suma equivalente a un millón de pesos como compensatoria al menoscabo sufrido.

SEXTO: Que la suma indicada deberá pagarse en una cuota de doscientos mil pesos dentro de los sesenta días de ejecutoriado el fallo, para poder hacer efectiva la compra de elementos que le otorgarán cierta autonomía y posibilidades concretas de obtener en forma individual recursos económicos; y, veinte cuotas mensuales de cuarenta mil pesos a partir del vencimiento de la cuota única de \$200.000.-

SEPTIMO: Que en virtud de los artículos 65 y 66 de la ley, el pago de las cuotas de \$40.000.- deberá efectuarse dentro de los cinco primeros días de cada mes y si así no se cumpliere, deberá oficiarse al empleador de Carlos Aliro Vargas Fuentes para el descuento correspondiente. De la misma forma, deberá actuarse si dentro de los sesenta días el mencionado Vargas Fuentes no entera la suma de \$200.000.- Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, SE REVOCA el apartado tercero de lo resolutivo de la sentencia de fecha catorce de julio del año dos mil cinco, escrita a fojas 69 y siguientes, en la parte que rechaza la demanda reconventional en cuanto se solicita la compensación económica y, en su lugar, se declara que se acoge la misma, fijándose como compensación económica que deberá pagar Carlos Aliro Vargas Fuentes a Ana María Calderón Díaz, la suma de un millón de pesos, en una cuota de doscientos mil pesos, dentro de los primeros sesenta días contados desde que quede ejecutoriado este fallo y, veinte cuotas mensuales de cuarenta mil pesos a partir del vencimiento de la cuota de doscientos mil pesos, pagaderas dentro de los primeros cinco días de cada mes. Si el pago no se efectuare en la forma señalada, deberá oficiarse al empleador de Carlos Aliro Vargas Fuentes para obtener el descuento correspondiente.

Regístrese y devuélvase.

Rol 744-2005.

Redactó el Ministro Titular Sr. Oscar Clavería Guzmán. Pronunciada por la PRIMERA SALA constituida por los Ministros titulares, don Enrique Alvarez Giralt, doña Laura Soto Torrealba y don Oscar Clavería Guzmán.- Autoriza el Secretario Subrogante, don Sergio Montt Martínez.

Para efectos de demostrar la recurrencia del error interpretativo, esta sentencia del año 2005 es especialmente gráfica, al señalar que “el sólo hecho de dedicarse al cuidado de los hijos y a las labores propia del hogar común, sin ejercer una profesión u oficio remunerados implica un menoscabo económico”, despejando toda duda acerca del criterio judicial en este caso.

Resulta además especialmente gráfico que se considere que “necesariamente” deba accederse a la pretensión, según se expone en el mismo considerando, toda vez que tal aseveración debiera realizarse después de un análisis detenido de los hechos, para ver si ellos configuran un menoscabo en los términos del artículo 62 primero, y luego 61, de la ley de matrimonio civil.

## **CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. CAUSA ROL 7207-2006**

Santiago, veintisiete de junio de dos mil siete

Vistos:

Se reproduce la sentencia con excepción del considerando décimo tercero y el acápite III de la parte resolutive.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero. Que, la cuestión controvertida en estos autos y por los que suben en apelación radica esencialmente en resolver si cabe o no otorgar compensación económica a la demandada y demandante reconventional doña María Elizabeth Elena Barrio Delgado, y su cuantía, al tenor de lo previsto en el artículo 61 de la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil;

**Segundo. Que, para tal efecto es necesario reflexionar sobre las disposiciones vigentes que reglan la materia y que establecen que una vez terminado el matrimonio y se produzca el divorcio o se declare su nulidad nace el derecho a la compensación económica tendiente a equilibrar la situación patrimonial de los cónyuges de la manera más eficiente de tal modo que los beneficios obtenidos con el trabajo durante su vigencia por uno de ellos sean compartidos por el otro que no pudo desplegar una actividad remunerada o lucrativa o bien lo hizo en menor medida de lo que podía y quería por estar abocado al cuidado de los hijos o a labores propias del hogar común;**

Tercero. Que, resulta indispensable para que la compensación económica sea procedente la existencia de un menoscabo patrimonial efectivo del titular del derecho amagado toda vez que dicha compensación no puede ser una fuente de lucro;

**Cuarto. Que, en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil se han establecido ciertos factores objetivos que el tribunal debe ponderar a objeto de determinar el deterioro económico que sufre el cónyuge y, en consecuencia, sirven de antecedente para fijar el monto de la reparación. En este orden de ideas el juez debe considerar la duración del matrimonio y la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe ; la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario ; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge;**

Quinto. Que, del mérito de autos se desprende que con fecha 28 de febrero de 1975 las partes contrajeron matrimonio según certificado emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, inscribiéndose bajo el número 176 en la circunscripción de Providencia; que tuvieron tres hijas y están contestes en haber hecho vida en común durante 18 años aproximadamente ;

Sexto. Que, de fojas 5 consta que don Eloy Ramón Estévez Fernández interpuso demanda en juicio ordinario de divorcio en contra de su cónyuge doña María Elizabeth Elena Barrio Delgado y de fojas 12 que la demandada se allanó y demandó reconvenzionalmente al actor de compensación económica;

Séptimo. Que, afirma la demandada y demandante reconvenzional, que cuando se casó, por ser menor de edad, requirió de la autorización paterna, dedicándose desde entonces hasta que duró la vida en común a las labores propias del hogar y al cuidado de los hijos, razón por la cual y por carecer de capacitación profesional no pudo desarrollar ninguna actividad lucrativa. Agrega, que a pesar de la separación ocurrida el día 12 de enero de 1993 el matrimonio sigue vigente hasta la fecha en que se trabó la litis, esto es, hasta marzo de 2005, subsistiendo por 147 meses más;

Octavo. Que, a título de compensación económica la señora María Elizabeth Elena Barrio Delgado solicita la suma de \$ 500.000 mensuales por los primeros 214 meses de vida en común, lo que arroja un total de \$ 107.000.000 y por los 147 meses después de producida la separación pero vigente el matrimonio la cantidad de \$ 250.000 por cada mes que sumados alcanzan a \$36.750.000 más \$250.000 mensuales mientras dure el juicio;

Noveno. Que, con los dichos de las partes, prueba testimonial y copiosa documentación allegada al proceso, queda en evidencia que el actor aportó dentro de sus posibilidades el sustento necesario para la familia y pagó la educación de sus tres hijas y que si bien es cierto fue demandado por su cónyuge de alimentos menores en el Tercer Juzgado de Menores de

Santiago, el juicio terminó con un avenimiento sin que quede claro por qué la demandada y demandante reconvenional no los pidió para sí en circunstancias de que también la amparaba el mismo derecho;

Décimo. Que, no parece efectivo lo aseverado por la señora Barrio en cuanto a que carezca de estudios y consecencialmente de toda formación y capacitación profesional, en primer lugar porque egresó de la enseñanza media el año 1972 del colegio Divina Pastora y en el año 1990 durante el matrimonio cursó estudios de idioma inglés solventados por su cónyuge en el Instituto Tronwell, y en segundo lugar porque se encuentra establecido que trabajó en diversas empresas, registrando cotizaciones en la AFP Santa María en el año 1990, es decir, antes del cese de la vida en común. ;

Décimo Primero. Que, por lo razonado se llega a la conclusión que la demandada y demandante reconvenional sí pudo trabajar, como efectivamente lo hizo, y recibir a cambio una remuneración; que su argumento de que carecía de cualificación profesional y que por tal razón su acceso al mercado laboral estaba muy limitado no parece atendible si consideramos que su cónyuge sin ser tampoco profesional financiaba los gastos que demandaba la familia y así ha quedado demostrado, además, por cuanto él financió el estudio de sus tres hijas y los de ella misma en el Instituto antes mencionado;

Décimo Segundo. Que, en todo caso, se tiene en cuenta además que no media en autos prueba alguna encaminada a establecer que la señora Barrio haya prestado colaboración a las actividades lucrativas de su marido y que en cuanto a la situación patrimonial de ambos, resulta que la demandada y demandante reconvenional a la época de la acción de divorcio registraba a lo menos un inmueble inscrito a su nombre. En tanto, respecto a la edad de los cónyuges, establecido como otro parámetro para fijar la compensación económica, queda en evidencia que el demandante es 5 años mayor que su esposa, motivo por el cual se dificulta más su ingreso al mercado laboral como lo corrobora el hecho que está registrado como cesante en la I. Municipalidad de Providencia a partir del 3 de agosto de 2006;

Décimo Tercero. Que, respecto de la mala fe de los cónyuges es difícil para esta Corte entrar a calificar la conducta moral de ambos, habida consideración de las peculiaridades del caso y en este sentido no emitirá pronunciamiento.

Por estas consideraciones, y compartiendo parcialmente lo informado por el Ministerio Público y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de fecha veinte y ocho de julio de dos mil seis, escrita a fojas 239 y siguientes, en cuanto acoge la demanda reconvenional deducida en el primer otrosí de fojas 12 por doña María Elizabeth Elena Barrio Delgado y en cuanto impone costas al demandado reconvenional, y en su lugar se declara que dicha demanda queda rechazada, sin costas por estimar que se tuvo motivos plausibles para accionar.

Se aprueba, en lo demás consultado la referida sentencia.

Por haberse alzado ambas partes, no se condena en costas del recurso.

Redacción del abogado integrante señor Warnier.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciada por la Quinta Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Eduardo Fuentes Belmar, e integrada por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino y Abogado Integrante señor Paul Warnier Darrigrandi.

En el fallo transcrito dictado por la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque incurre en un error conceptual en su considerando segundo, al considerar que la compensación es el medio por el cual equilibrar diferencias patrimoniales, redistribuyendo las ganancias obtenidas durante la vigencia del matrimonio, podemos ver que en este caso sí se tratan los elementos del artículo 62, los cuales se examinan a fin de revocar la sentencia apelada, rechazando la solicitud de compensación.

Resulta ilustrativo el buen proceder de la Corte al analizar las circunstancias que den pie a la prestación, ya que cada vez que sea posible los considera no de manera aislada, sino en comparación con la otra parte del proceso. Debe tenerse siempre presente que las partes hasta la declaración de nulidad o divorcio fueron cónyuges, que por regla general estarán en un plano de igualdad en muchas de las circunstancias enunciadas por el legislador, por lo que es de vital importancia que ellos sean contrastados entre sí. Así, por ejemplo, aunque pudiese considerar en solitario la falta de cualificación profesional por parte de la solicitante como antecedente que hiciera procedente la pretensión, acertado es comparar la situación del cónyuge demandado. Al hacerlo, queda en evidencia que no existe una ventaja comparativa frente a éste, toda vez que se desempeñó y aportó al ingreso familiar careciendo también de profesionalización, por lo que este elemento no pudiese ponderarse para hacer procedente la acción de autos. Lo mismo sucede al considerar la edad de las partes, ya que si bien la edad avanzada de la parte solicitante pudiese ser relevante al momento de otorgar una prestación, la Corte pondera en su contra el hecho que el demandado la supere en 5 años, lo que unido al resto de los elementos, especialmente a la existencia de bienes de estimación, en este caso, un inmueble inscrito a nombre de la demandante reconvencional, no

puede sino rechazar la solicitud de compensación, toda vez que no se puede entender que en la especie existe un menoscabo sufrido por ella.

Por lo expuesto, esta sentencia contiene una correcta aplicación de las normas que rigen a esta institución, con la salvedad de lo mencionado en su considerando segundo respecto a la finalidad de corrección patrimonial. Sin perjuicio de su mención, en toda la parte considerativa de la sentencia se deja ver la idea de corregir un diferencial, pero además de proyectar la situación de los cónyuges al futuro, para situarlos en igualdad para rehacer su vida de manera autónoma. En este entendido es que la Corte pondera los elementos del artículo 62 para determinar finalmente la inexistencia de menoscabo por parte de la demandante reconvencional, al no configurarse ellos de positivamente a su favor.

## **CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGSTA. CAUSA ROL 1317-2006**

Antofagasta, veintinueve de junio de dos mil siete.

### **VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del párrafo final del considerando decimonoveno, que se elimina y, previo las modificaciones que se indican, en su lugar, se tiene además presente:

- I. En el motivo decimosexto se reemplaza la expresión verbal “ha , por la preposición “a .
- II. En el considerando decimonoveno se elimina el párrafo tercero que se inicia con la expresión: “por lo anterior y concluye con la abreviatura: “IPC .

**PRIMERO:** Que en lo fundamental, compartiendo la decisión de la juez a quo y sus argumentos, corresponde destacar que la propia demandada reconvencional ha reconocido que durante quince años se ha desarrollado la vida en común cuando la cónyuge era joven y decidió dedicarse exclusivamente a las labores del hogar, crianza y desarrollo de los hijos, lo que en sí ha producido un menoscabo económico que necesariamente debe compensarse en forma independiente a la manera como se fue gestando el matrimonio en el orden de la adquisición de bienes patrimoniales, producto de los recursos que se obtenían gracias al trabajo remunerado del cónyuge demandado. Y desde este punto de vista, **la compensación económica debe**

**dejar al cónyuge más débil y demandante reconventional en una situación digna, modestamente proporcional a su posición social** y no en una situación de indefensión, porque a esta edad existen dificultades reales para obtener un trabajo remunerado que le permita satisfacer sus necesidades mínimas en relación a la posición social que ocupa.

**SEGUNDO: Que sólo a mayor abundamiento, debe dejarse constancia que durante el tiempo de la convivencia, la demandante reconventional crió a los hijos dedicándose a su cuidado y a las labores propias del hogar común, sin ejercer una profesión u oficio remunerados, lo que implica un menoscabo económico y un obstáculo para conseguir un empleo, situación prevista por el legislador en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, razón por la cual debiera necesariamente accederse a esta pretensión.**

TERCERO: Que vinculada a la compensación económica ha de considerarse la vida en común que tuvieron, la situación patrimonial del cónyuge demandante y la edad de la mujer, que ha quedado disminuida en su posibilidad de encontrar un trabajo dignamente remunerado acorde a su posición social frente a la situación jurídica que ella vivía antes de la publicación de la Ley de Familia, generándose una injusticia de la que ella estaba imposibilitada de prever y, por lo mismo, el ordenamiento jurídico debió consignar un estado intermedio para respetar el estatus quo y las relaciones que el estado de derecho había mantenido por más de cien años, máxime si actualmente la actora no tiene previsión alguna y deberá obtener sus propios ingresos para satisfacer sus necesidades, en circunstancias de que al momento de contraer matrimonio en el año 1986, este contrato solemne no podía disolverse legítimamente por el divorcio, sino sólo les habilitaba para vivir separados, sin tener un carácter desvinculante al no poseer la fuerza necesaria para disolverlo.

CUARTO: Que el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil constituye una norma que tiende a compensar económicamente una situación injusta que se produce como consecuencia de que uno de los cónyuges no se haya desarrollado individualmente como persona, en la medida que le permita obtener una especialización que le haya brindado permanentemente una actividad remunerada que sustente la base de los beneficios previsionales y de salud para toda la vida, ya que el divorcio implica la desvinculación de los cónyuges y, por lo tanto, finaliza la colaboración mutua, quedando el cónyuge más débil –que ha entregado su actividad a la crianza de los hijos en los términos señalados– en la más completa indefensión para realizar actividades lucrativas, más aún en un país en vías de desarrollo que no posee una política integral de pleno empleo o seguridad social y en el que los salarios de los trabajos menores, en su mayoría, no alcanzan para satisfacer las necesidades mínimas de alimentación, vestuario y movilización. Por ello, analizando los antecedentes de acuerdo a la sana crítica, ha quedado acreditado el supuesto fáctico, porque las partes están contestes que el cónyuge solicitante de la compensación económica, se dedicó durante quince años a lo menos al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común, cumpliéndose, entonces, las dos exigencias del artículo 61 de la ley, **pues el menoscabo económico surge indefectible y lógicamente, del hecho que ninguna mujer que carezca de profesión o de habilidades especiales puede obtener una actividad remunerada criando dos hijos y dedicándose a las labores del hogar.**

QUINTO: Que para determinar el monto de la compensación económica debe tomarse en consideración la vida en común que tuvieron las partes, la situación patrimonial del demandado reconventional, fijándose en consecuencia la suma de UF 3.200 (tres mil doscientas Unidades de Fomento) que deberán pagarse en treinta y dos unidades de fomento mensuales durante cien meses consecutivos, a partir de la fecha que cause ejecutoria en conformidad a la ley la presente sentencia.



SEXTO: Que en el seminario organizado por el Colegio de Abogados de Chile AG., en octubre de 2005 la reconocida académica universitaria doña Carmen Domínguez Hidalgo, dictó una charla el 13 de octubre de 2005 sobre el tema específico "Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil". Por la meridiana coincidencia que los dichos de la autora citada tienen con el caso materia del presente recurso parece útil transcribir el texto en cuanto dice referencia con los principios que inspiran a la institución en comento: página 9 y 10 de la publicación mencionada:

a) "Los principios que informan esta figura parecen ser, en primer término, la protección del cónyuge débil, de hecho, la única forma de entender esta figura es como "la forma concreta de tutela del cónyuge más débil que la ley contiene. En efecto, es indudable que esta normativa, al introducir el divorcio vincular unilateral, privó al cónyuge más débil que se opone a él de todo poder de negociación. En efecto, éste (más bien ésta en la mayoría de los casos) ya no dispone de medios para oponerse al divorcio unilateral, de suerte que, no tiene modo de evitar la pérdida de todos los derechos que provenían de su relación conyugal .

b) "Un segundo principio ostensible, es la intención de compensar al cónyuge por una pérdida específica experimentada por el hecho de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común y de la disminución de reinsertión en la vida laboral que ello supone. Es una especie de reparación de la ganancia dejada de obtener por haberse dedicado a la familia y no a su vida profesional, pero con un objeto distinto que persigue el lucro cesante en la responsabilidad civil. En efecto, no se trata sólo de otorgar algo por esa pérdida experimentada, sino de conferirla, pero en vistas a dejar a ese cónyuge en mejor posición para enfrentar el futuro .

c) "Por último, el tercer principio que puede destacarse proviene de la firme intención del legislador de querer concentrar la determinación de la cuestión económica en un solo momento. Por lo mismo, razona sobre la idea que el monto de la compensación debe ser fijado en la sentencia y en una suma única y total que no admite revisión futura. Esto resulta ostensible de su regulación, pero también de la historia fidedigna en el Senado de cuyo debate puede obtenerse que el esfuerzo permanente de quienes más intervinieron en él fue evitar que las cuestiones económicas dieran lugar a conflictos permanentes entre los ex cónyuges. Incluso se llegó a fundar esta forma de fijación de la compensación en que las personas de menores recursos "también tienen derecho a reconstruir su familia y vivir en paz sin que deban estar obligados a tener que destinar el mayor porcentaje de su sueldo a la mantención de la familia antigua y no a sostener su familia nueva .

SÉPTIMO: Que parece igualmente pertinente colacionar a la cita autoral que precede, la que extraemos de páginas 73 y 74 de la clase dictada por el civilista Carlos Pizarro Wilson sobre "La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena", seminario de la Academia Judicial de Chile, 13 y 14 de octubre de 2004, y que dice así: "3. La compensación económica y el enriquecimiento a expensas de otro. El pago de la compensación económica se justifica en la pérdida del cónyuge beneficiario de un estándar de vida al cual accedía durante la vida conyugal al haberse dedicado a la crianza de los hijos o a las tareas del hogar. El trabajo desempeñado por el cónyuge beneficiario significó un enriquecimiento del cónyuge deudor, puesto que este último gozaba de un nivel de vida en razón del sacrificio del cónyuge beneficiario. La voz "enriquecimiento corresponde entenderlo no sólo como el incremento patrimonial, sino que comprende, también, la exclusión de un pasivo en el patrimonio del enriquecido. Por lo mismo, el empobrecimiento del cónyuge beneficiario puede consistir en una merma económica o en la ausencia de ingresos a su patrimonio.

La explicación más apropiada consiste en la compensación del menoscabo económico del cónyuge beneficiario y el enriquecimiento injusto del cónyuge deudor, ambos elementos propios del enriquecimiento injusto a expensas de otro. Uno de los cónyuges resulta beneficiado en

virtud del sacrificio del otro durante el desarrollo de la vida marital. El enriquecimiento y empobrecimiento deben evaluarse para compensar al cónyuge débil, el cual se ve expuesto a vivir una situación de precariedad futura. El desequilibrio económico a propósito del divorcio o nulidad en uno de los cónyuges lo habilita para demandar la compensación económica. De ahí que si bien el menoscabo económico justifique la admisión de la compensación económica, los parámetros para fijar su monto estén más bien centrados en la situación actual del cónyuge beneficiario y su futura vida .

Por estas consideraciones, mérito de autos, y lo previsto, además en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, SE CONFIRMA la sentencia apelada de veintidós de noviembre de dos mil seis escrita a fojas 78 y 79 vta., con declaración que la demanda reconvenzional acogida en el párrafo II de lo resolutivo del fallo de primer grado se eleva a la suma equivalente a tres mil doscientas Unidades de Fomento (UF 3.200), pagaderos en treinta y dos Unidades de Fomento mensuales (UF 32. ) durante cien meses consecutivos a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la presente sentencia.

SE CONFIRMA en lo demás la referida sentencia, sin costas del recurso.

Nuevamente podemos ver el error generalizado de la jurisprudencia al considerar que el menoscabo resulta necesariamente de los primeros requisitos del artículo 61. En esta sentencia se da un paso mas allá, al señalar que este resulta indefectible y “lógicamente” de estos elementos. Al establecer que se trata de una consecuencia lógica, la Corte establece una presunción de existencia de menoscabo, por lo que, además de interpretar erróneamente la norma, deja de aplicar otra, por lo que estaría configurando un error de derecho.

Además, tiende a confundir la finalidad y naturaleza de la compensación económica, al señalar en su considerando primero que “la compensación económica debe dejar al cónyuge más débil y demandante reconvenzional en una situación digna, modestamente proporcional a su posición social”, lo que haría que dicha el instituto se configurara como una prestación de mantenimiento, muy similar a los alimentos –incluso utiliza voces propias de dicha institución- cuando en los hechos, tanto el legislador como la doctrina han desechado la teoría alimenticia para darle fundamento.

## **CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. CAUSA ROL 792-2007**

Concepción, tres de septiembre de dos mil siete.

VISTO:

1) Que la compensación económica constituye un mecanismo de reparación de un menoscabo económico pasado, de la falta de ingresos del cónyuge que dedicó sus esfuerzos al cuidado de los hijos y del hogar común, esto es, se busca proteger al cónyuge más débil en el caso de nulidad o divorcio.

2) Que el hecho de que al casarse la actora reconvenzional se desempeñara como Supervisora de Auxiliares de Vuelo evidencia una motivación personal y una capacidad profesional y laboral ya entonces presente y de la que no mediar su renuncia para dedicarse al cuidado de las hijas y a las labores propias del hogar común, habrían podido derivar en unos ingresos y un patrimonio reservado de mayor entidad, según se puede concluir de acuerdo a la lógica y experiencia.

**3) Que esta opción por la familia y consecuente estancamiento profesional y laboral derivó en menoscabo económico que debe ser compensado al terminar por divorcio la unión conyugal en cuyo beneficio la demandante reconvenzional hizo esa opción de vida.**

La compensación tiene un carácter reparatorio. Se trata de una forma de resarcimiento de un cierto daño, es decir, de una cierta pérdida producida por el hecho de haber dedicado el esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio.

**El menoscabo proviene de la opción que hizo la mujer: dejar de trabajar para dedicarse al cuidado de los hijos y tareas del hogar, y que se proyecta a la vida futura una vez producido el divorcio o se declara la nulidad del matrimonio ya que el cónyuge que efectuó tal opción no está ahora en condiciones de afrontar debidamente la vida económica futura o lo está en forma desmedrada. No se trata de reparar el valor perdido, sino sólo de ofrecer una compensación, es decir, una satisfacción económica debido a la situación económica desmedrada de la demandante reconvenzional.**

**4) Que para fijar la cuantía de la compensación deben tenerse en consideración los siguientes parámetros: la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial o previsional de los cónyuges; la edad y estado de salud de los mismos; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, entre otros, según señala el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil.**

5) Que la actora reconvenzional, si bien se desempeñaba como Supervisora en una línea aérea hasta contraer matrimonio, carece de una profesión y no tiene previsión alguna; que si bien la convivencia común duró sólo poco más de un año, las partes son padres comunes de dos hijas menores que quedarán al cuidado de la demandante reconvenzional quien al aprobarse el divorcio perderá la pensión alimenticia de que estaba gozando. Por otra parte, el demandado reconvenzional es un médico cirujano traumatólogo infantil, que se desempeña con contrato en el Hospital Naval de Talcahuano y es Oficial de la Armada con grado de Capitán de Fragata de Sanidad, y también tiene consulta privada, trabaja a honorarios además, en el Hospital Naval y en la Clínica Francesa S. A. y es socio de la Sociedad Colectiva Civil "Doctores Ávila y

Compañía y de la Inmobiliaria "La Piedra Limitada (fs. 242 y 249 del expediente Rol 41.556 tenido a la vista).

Por estas argumentaciones, lo informado por la Sra. Fiscal Judicial y lo dispuesto por los artículos 3, 55, 56, 61, 62, 64 y 66 de la Ley N° 19.947 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, SE APRUEBA en lo consultado la sentencia de veintinueve de marzo de dos mil siete, escrita a fs. 87 y siguientes y SE CONFIRMA en lo apelado la referida sentencia, con costas y con declaración de que se eleva a la suma de veinte millones de pesos la compensación económica que deberá pagar don Hernán José Ávila Stagno a la actora reconvenzional, doña María Isabel Valdebenito Belart, en veinte cuotas mensuales y sucesivas de un millón de pesos cada una, reajustables en la forma en que se señala en la sentencia de primer grado.

En este caso, aciertan los sentenciadores respecto a la finalidad de la prestación compensatoria, especialmente respecto a la mirada a futuro que debe tenerse para fijar el monto de la misma. Como bien se señala, no se trata de una reparación por equivalencia de un perjuicio, ya que la cuantificación del mismo se hace imposible, sino de resarcir un menoscabo que se fundamenta tanto en la situación pasada de los cónyuges, como en la proyección futura de su funcionamiento autónomo. Donde nuevamente se comete el error, casi majadero a esta altura, es pretender que el menoscabo se configure por circunstancias ajenas a las descritas por el legislador. Como ya puede apreciarse, la arbitrariedad con que se procede al juicio de menoscabo incurre en situaciones incluso de falta de aplicación de la ley, al dejar completamente de lado el citado artículo 62 para este efecto.

Se establece que la sola opción de la mujer de dedicarse a las labores de crianza deriva en un menoscabo, lo cual dejaría de lado cualquier otra consideración a este respecto. Las relaciones de familia son muy complejas, siendo la posibilidad de establecer una compensación por divorcio la mas amplia de ellas, ya que deben considerarse todas las instituciones patrimoniales vinculadas, y además las normas directamente relacionadas. Así, pudiera ser en la especie que el mismo régimen de bienes pactado pudiera dejar a los cónyuges en un pie de igualdad, por lo que un perjuicio emanado de una relación jurídica tan extensa no puede estar determinada por sólo el hecho descrito.

## **CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. CAUSA ROL 1576-2006**

Santiago, doce de julio de dos mil siete.

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción del motivo decimoctavo, que queda eliminado.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1º) Que, en el caso de la especie, la sentencia en primer grado acoge la demanda interpuesta por el actor, declarando disuelto el matrimonio celebrado por don Nicolás Francisco Weinstein Manieu y doña Claudia Paz Fernández Calvo, por la causal consagrada en el artículo 55 inciso tercero de la ley de Matrimonio Civil, esto es, el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de a lo menos, tres años;

2º) Que, la demandada se ha alzado en contra del fallo, solicitando el rechazo la demanda de divorcio, por cuanto el actor ha incumplido reiteradamente su obligación alimenticia para con su cónyuge e hijos.

3º) Que, de las probanzas aportadas al proceso, no aparece acreditado que el actor haya incurrido en forma reiterada al incumplimiento de su obligación alimentaria para su cónyuge e hijos, como lo demuestran las transacciones celebrada por las partes de fojas 5 y fojas 13, respectivamente, que regulan materias de alimentos, visitas y tuición;

4º) Que, el apelante no ha aportado nuevos antecedentes y sus alegaciones no logran desvirtuar los fundamentos tenidos en consideración por el Juez de primer grado al dictar la sentencia apelada, por lo que esta Corte confirmará el fallo en alzada, en cuando da lugar a la demanda de divorcio;

5º) Que la demanda reconventional desarrollada en la audiencia de conciliación, a que dio lugar la falta de acuerdo de los cónyuges, se funda en que, previo al matrimonio, convivió con el demandado, quien le exigió abandonar su trabajo para dedicarse a él en forma exclusiva, luego de contraer matrimonio, igualmente le prohibió trabajar para dedicarse a las labores del hogar en forma exclusiva y a la crianza de los hijos también en forma exclusiva;

6º) Que, la compensación económica es el derecho que tiene un cónyuge, en caso que se declare la nulidad o divorcio, a que se le compense el menoscabo económico que ha experimentado como consecuencia de haberse dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, lo que le impidió desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía;

**7º) Que, para determinar la existencia del menoscabo económico y el monto de la compensación hay que estarse a los rubros que especialmente señala el artículo 62 de la ley de Matrimonio Civil, a saber: 1) la duración del matrimonio y de la vida común de los cónyuges; 2) la situación patrimonial de ambos; 3) la buena o mala fe; 4) la edad y estado**

**de salud del cónyuge beneficiario; 5) su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; 6) su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral; y 7) la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.**

Desde ya, se estima dejar establecido que la compensación económica no son alimentos, sólo se le asimila a ellos para los efectos del cumplimiento de su pago, al tenor de lo señalado en el inciso final del artículo 66 de la ley de Matrimonio Civil. Lo mismo sucede, con la consideración de la capacidad económica del cónyuge deudor, a la hora de fijar el monto de la compensación. De lo que se trata, en rigor, es de considerar la situación pasada de los cónyuges. En ella hay que indagar si uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa en el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, a raíz de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, como para que nazca el derecho a la compensación del menoscabo sufrido por esa causa (artículo 61). Por eso se trata de una compensación, a diferencia de los alimentos. **Eso no significa que no haya de tomarse en cuenta la situación posterior porque ha de tener efecto al momento de la ruptura o de la separación patrimonial y hay elementos que deben considerarse en el presente y en proyección, pero lo substancial es que se trate de una compensación por el sacrificio que ha importado para uno de los cónyuges esa renuncia en aras del cuidado de los hijos o de la realización de las labores propias del hogar común. Dicho de otro modo, la compensación económica se funda en el menoscabo.** Aquellos otros elementos deben servir para mediar la compensación;

8º) Que, en el proceso se estableció que las partes convivieron dos años, luego se casaron el 26 de mayo de 1993 y que el 2 de septiembre de 1999 concluyó el cese de la vida en común, y que durante el matrimonio nacieron dos hijos. Asimismo, quedó establecido que como consecuencia del cuidado de los hijos y del hogar común, la cónyuge no estuvo en condiciones de continuar una actividad remunerada o lucrativa, cual desarrollaba antes del matrimonio (auxiliar de vuelo de la línea aérea Ladeco), permaneciendo en esta situación hasta ahora, de suerte que ha sufrido un menoscabo económico que reconoce como causa la antes mencionada;

9º) Que, a juicio del demandado reconvencional, su cónyuge no tiene derecho a compensación económica, toda vez que por el hecho del matrimonio le permitió obtener un beneficio y patrimonio económico que habría sido imposible de alcanzar en caso de que hubiera continuado ejerciendo la ocupación de auxiliar de vuelo, y que además dejó de desempeñar esa ocupación porque le surgió el interés de estudiar orfebrería.

10º) Que, de la prueba testimonial producida, consta que efectivamente la señora Fernández, durante el tiempo de convivencia con su cónyuge, se dedicó al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar. Así, declara la testigo María Lorena Lavin Rodhis, a fojas 203, "Nicolás (Weinstein) no permite que su pareja trabaje ; "Es lo que dice Nicolás en tanto que su mujer, no puede trabajar, tiene que estar en la casa cuidando niños, pero cuando ya no es su mujer tiene que trabajar .

A fojas 221, la testigo María Bernardita Möller Medina, expresa "Sí, dejó de trabajar antes de casarse mientras convivía y a imposición de Nicolás (Weinstein) y me consta porque Nicolás lo manifestaba verbalmente y públicamente, esto es, que no le gustaba que su mujer trabajara ya que no había razones económicas para hacerlo ; "ella tenía que estar temprano en la casa para la dedicación personal de sus hijos, de las labores de su casa y su marido. Me consta porque no recuerdo durante el tiempo en que estuvo casada haberme visitado ni encontrado con ella en la tarde o después de las 19 en lugares públicos o fuera de su casa ; "Claudia (Fernández) siempre se ha preocupado personalmente de llevar a los niños a los distintos especialistas y estar ahí con ellos ; "Sí, personalmente Claudia se tenía que preocupar del manejo de su casa y de sus hijos y los ha tenido que llevar no tan sólo a especialistas en salud mental o neurólogos

y

psicopedagogos

La testigo Verónica Cecilia Alfaro Rodrigo, a fojas 245, declara, “la Claudia trabajaba en Ladeco y renunció por imposición de su marido y se dedicó a éste y a los dos hijos que tuvieron ; “ella (Claudia) los lleva y trae del colegio, asiste a reuniones y actividades del colegio, los lleva y trae desde donde la psicopedagoga y los lleva al doctor. Está con ellos el tiempo que ellos están en la casa ; “Ella (Claudia) era auxiliar de vuelo y cuando conoció a su marido no pudo trabajar, ni estudiar, ni capacitarse por impedimento de su marido, porque para él era obligación que su mujer se ocupara solamente de él, niños y su casa ; “sufrió menoscabo económico porque fue impedida de trabajar, de desarrollarse laboralmente durante los años que vivió con su marido ;

11º) Que, además de lo expuesto en el motivo anterior, el Tribunal tendrá en cuenta para los efectos de la compensación económica otros antecedentes. En primer lugar, la situación patrimonial de ambos, él es un profesional, ingeniero civil industrial, además hombre de negocios de una excelente situación económica, hechos que no están discutidos. En cambio, la cónyuge no tiene profesión, y su patrimonio está constituido por el departamento de calle Evaristo Lillo, de un valor aproximado de \$ 27.000.000 y de un automóvil marca Toyota, año 2002, bienes que adquirió para ella su marido durante el matrimonio.

En lo que respecta a la adquisición de los dos bienes durante el matrimonio por el marido para su cónyuge, esta circunstancia no pasa de ser una liberalidad que no puede ser interpretada como compensación por la dedicación exclusiva a las labores del hogar y cuidado de los hijos, lo cual corresponde como lo indicó la ley de acuerdo a antecedentes objetivos que revelen que uno de los cónyuges por estar circunscrita a tales menesteres, no puede tener una fuente laboral o desempeñarse en la medida de sus posibilidades y de lo querido. Y, en este sentido obran en autos las declaraciones de la testigo María Lorena Lavín Rodhis, quien a fojas 207 dice: “Si ella hubiese trabajado habría formado un patrimonio propio, sin que nadie se lo regale. Ella dejó de volar que es lo que a ella le gustaba, Nicolás no se lo permitió y dejó de percibir una renta que le habría permitido comprar un departamento ; “cuando ella trabajaba en Ladeco era una de las mejores tripulantes . En el mismo sentido depone, María Bernardita Möller Medina, a fojas 320, “trabajamos juntas en Ladeco como tripulantes de cabina y coincidimos el año 1988 y 1989 , “Estaba calificada altamente por sus jefes . La confesión de la señora Fernández a fojas 321 “trabaja como auxiliar de vuelo en Ladeco, hace 15 años atrás, percibía un sueldo base de \$ 200.000 .

En cuanto a la cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral de la cónyuge. Como consta en el proceso, ella antes de casarse se desempeñaba como auxiliar de vuelo, ahora tiene 40 años, edad limitante para volver a su antiguo trabajo, además su salud se encuentra resentida (“sé que la Claudia es bipolar y estuvo mucho tiempo en tratamiento con litio y después resultó no ser así no era bipolar. También esto ha producido mucha depresión producto de su relación con Nicolás , declara a fojas 206 María Lorena Lavín Rodhis. A fojas 247, depone Verónica Cecilia Alfaro Rodrigo, “sé que ella va al psiquiatra, toma anti depresivos, depresión producto de su separación ; “es absolutamente un impedimento, su estado psicológico, porque hoy en día la exigencia laboral es de mínimo 8 horas diarias y con dedicación absoluta por la competencia que existe, sólo basta mirarla para darse cuenta de que ella no es una persona que vaya a resistir la presión de 8 horas de trabajo por su desconcentración y además por la preocupación de no tener con quién dejar a sus hijos ). Sostiene el marido que estaría capacitada para desempeñarse como orfebre, ya que habría tomado un curso de instrucción durante el matrimonio, lo cierto que no hay pruebas acerca que se hubiese desempeñado en ese oficio en forma comercial obteniendo ingresos, más parece tratarse de un hobby o pasatiempo que es muy común en matrimonio de niveles de ingresos altos.

12º) Que, apreciando la prueba de acuerdo a las normas de la sana crítica, esto es, de acuerdo a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente

afianzados, y tomando en consideración los factores antes señalados se fija el monto de la compensación económica en la cantidad de cuarenta millones de pesos, que deberá ser pagada en veinte cuotas mensuales, iguales y sucesivas.

Por lo anteriormente razonado y lo previsto también, en los artículos 55, 61 y siguientes de la ley N° 19.947, se declara:

A. Se confirma la sentencia de diecisiete de enero de dos mil seis, escrita a fojas 346.

B. Se revoca el aludido fallo en cuanto a su decisión IV) que rechaza la demanda reconvenzional deducida a fojas 39, declarándose en su lugar que ésta queda acogida fijándose en cuarenta millones de pesos el monto de la compensación económica que Nicolás Francisco Weinstein Manieu deberá pagar a Claudia Paz Fernández Calvo, mediante veinte cuotas mensuales, iguales y sucesivas.

C. Se revoca asimismo el fallo en cuanto a su decisión V) que condena en costas a la demandada, declarándose en su lugar que no se condena en costas a la demandada, por estimar este Tribunal que ésta ha tenido motivo plausible para litigar.

A juicio del suscrito, en este caso podemos ver un ejemplo de una correcta interpretación de las normas en juego. Al revocar la sentencia apelada, la Corte señala expresamente que es necesario aplicar los elementos del artículo 62 para poder determinar la existencia de menoscabo. Así, desde su considerando 7º, se examinan todos y cada uno de los requisitos establecidos por la ley, por lo que queda de manifiesto que existen casos en que sí se aplican de manera adecuada las normas en juego. Además, la extensión del razonamiento de la Corte permite a fin de cuentas socializar la sentencia, para que tanto doctrina como jurisprudencia puedan uniformar criterios de manera adecuada. Se deja de lado la arbitrariedad, de la que pareciera que los sentenciadores aplican normas con posterioridad a una decisión preconcebida, y si se advierte un examen as acucioso de los hechos que lay estima como protagonistas, al menos, para la resolución de cada caso. Quizás lo deseable sería que los tribunales se extendieran en factores que no enuncia el legislador, pero fallos como el anteriormente transcrito cumplen al menos con los requisitos básicos para poder llegar a dilucidar de que forma se relacionaron los hechos de la causa con la normativa aplicable.



## **CONCLUSIONES**

Del estudio de la institución de la compensación económica, y especialmente de su requisito principal, el menoscabo económico, cabe concluir lo siguiente, sobre todo en cuanto al comportamiento de la jurisprudencia cuando se enfrenta a la obligación de analizar sus alcances.

En primer término, se puede notar que los tribunales rara vez consideran la copulatividad de los artículos 61 y 62 de la ley de tribunales de familia. Como ya se expuso en su oportunidad, el segundo es parte integral del último de los requisitos que propone el primero, por lo que su mención y análisis debe ser necesario y completo. Es el artículo 62 el que entrega la sustancia, para su aplicación, de los elementos que deben considerarse para determinar la existencia de menoscabo en los términos de la ley. De las sentencias analizadas se pudo notar en muchas ocasiones la falta absoluta siquiera de la mención de esta norma, en otras sólo su

enunciación, y en un grupo minoritario, se incorporó de la manera correcta, como parte necesaria para la resolución.

Los elementos enunciados por el legislador, necesarios de analizar en concreto, son de por sí restringidos en una relación tan compleja como la que respecta al patrimonio de los cónyuges en sus relaciones de familia. Así, como se expuso en su oportunidad, existen muchas otras instituciones que debieran ser objeto de examen previo, como por ejemplo, en lo que respecta al régimen de bienes. Si bien no se exige el análisis de ellas, sí se exige el de las circunstancias de la norma en comento, por lo que ella se traduce en una base mínima para poder esclarecer el criterio que utiliza el juez para decidir sobre la procedencia de una prestación compensatoria a favor de una de las partes, que por definición, serpa dictado en contra de la otra.

Por otro lado, el mismo análisis de los elementos que enuncia el artículo 62 se da de manera muy pobre, limitándose en la mayoría de los casos a su mera enumeración. Esto presenta un problema por dos principales razones: a) al no subsumir los hechos de la causa en todos los elementos que el legislador estima como necesarios para la resolución del caso, no se puede ver cual es la cadena lógica que siguen los Tribunales y las Cortes para aceptar o rechazar solicitudes de compensación, por lo que no puede hacerse un análisis de las sentencias a la luz de la normativa aplicable, por lo que muchas veces aparecen como arbitrarias, no por que sean tales, sino porque no se concretiza el razonamiento requerido en el texto de la sentencia; y b) al no entregar los tribunales los criterios utilizados para determinar los alcances de los elementos del artículo 62, se hace muy difícil descubrir su extensión. Ciertamente es que la doctrina nacional como extranjera entregan herramientas de análisis, pero no se puede conocer su efectividad si la jurisprudencia no razona en torno a ellos, sea acogiendo algunos o rechazando otros. Finalmente, si se pretende socializar la sentencia, haciendo accesibles al público los argumentos por los cuales se hace procedente o se rechaza una

pretensión, necesariamente deberá darse cumplimiento a lo que exige el legislador como base mínima que justifique la decisión.

Un particular y frecuente problema se encuentra en la determinación de la cuantía de la compensación, cuando se haga necesario previamente liquidar la comunidad de bienes producida con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, especialmente cuando ésta no comprenda bienes de mucha estimación, lo que debiera solucionarse por medio de la incorporación de la posibilidad de liquidar la misma en el mismo procedimiento. Del examen jurisprudencial se toma razón de la escasa conveniencia práctica del juicio arbitral, atendido a que generalmente no se liquida por acuerdo de las partes, por lo que sería adecuado crear un sistema de liquidación judicial, especialmente si se atiende al principio de concentración y economía procesal propio de los procedimientos orales, como lo es el ordinario en materia de familia.

Finalmente, si bien la compensación en su literalidad podría llegar a aplicarse, en una errónea interpretación, como una forma de sanción pecuniaria, ello no sucede en la práctica jurisprudencial. Los tribunales han sido claros en señalar que se trata de una prestación de naturaleza compensatoria, que se aleja de una de carácter alimenticio, y que no se trata de una propiamente indemnizatoria. Sí adolece la jurisprudencia de un examen detenido y completo de los elementos que integran el menoscabo económico, tanto para determinar su procedencia, como su entidad, para poder uniformar de esta forma los criterios y alcances que cada uno de ellos tendrá para el caso concreto.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARTHUR DE LA MAZA, Guillermo. *Revisión crítica de la compensación económica en la ley de matrimonio civil*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. 2006.

CUEVAS JARA, Gonzalo. *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, 2005.

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. *El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto*. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes n° 11. Santiago. 2006.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil*. Charla efectuada el jueves 20 de octubre de 2005. Colegio de Abogados de Chile A.G. Santiago. 2005.

GUILARTE GUTIERREZ, Vicente et. al. *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*. Ed. Lex Nova. 2005. En <http://books.google.cl/books?id=fS6MxBIpFq4C&pg=RA3-A186&dq=pension+compensatoria+divorcio#PRA3-PA189,M1>.

HÜBNER GUZMÁN, Ana María et al. *Matrimonio civil y divorcio: análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley no. 19.947, de 2004*. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho no. 11. Santiago. 2005

MENDEZ COSTA, María, HUGO D'ANTONIO, Daniel. *Derecho de Familia*, Vol. 2. Ed. Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 2005

MERY, Marygold. *The American Law Institute Principles and the Economics of Family Dissolution*. En *Nous Reports del Dret de Família*, Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 2006.

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. *Temas de derecho de familia*. Ed. Metropolitana. Santiago. 2007

PIZARRO WILSON, Carlos. *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*. Revista de Derecho Privado nº 3. 2004. En <http://www.udp.cl/fueyo/investigación.htm>.

RAMOS PAZOS, Rene. *Derecho de Familia*. Ed. Jurídica. Santiago. 2005

TURNER SAELZER, Susan. *Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil*. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile Vol. 16, paginas 83-104. Valdivia. 2004

VENEGAS ORTIZ, Pablo, VENEGAS ALFARO, Andrés. *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*. Ed. Jurídica. Santiago. 2007

VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil*. Ed. Jurídica de Chile. 2007