



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE GRADUADOS

**EFFECTOS PATRIMONIALES DE LA TERMINACIÓN DEL
MATRIMONIO: LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.**

Tesis para Optar al Grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado.

CRISTIÁN LUIS LEPIN MOLINA

Directora Tesis: Dra. Maricruz Gómez de La Torre Vargas

Santiago, Chile

2008



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y DESARROLLO

ACTA DE CALIFICACION DE LA TESIS

Santiago, 7 de noviembre de 2008.

En cumplimiento del Plan de Estudios del Grado de Magister en Derecho,
aprobado por Decreto Universitario N° 2440 del 17 de Marzo de 1997:

EL POSTULANTE CRISTIAN LEPIN MOLINA

Ha rendido con fecha de hoy el Examen Final de Grado de su Tesis "*Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio: La Compensación Económica*".

LA QUE HA SIDO **APROBADA** CON **NOTA:** 7.0 (siete)

FABIOLA LATHROP GOMEZ
Profesora

RODRIGO BARCIA LEHMANN
Profesor

MARICRUZ GOMEZ DE LA TORRE V.
Directora de Tesis
Directora
Escuela de Graduados

Av. Santa María 076, Providencia
Tel. (56-2) 978 53 07
(56-2) 978 53 05
Fax. (56-2) 738 01 30
magister@derecho.uchile.cl
www.derecho.uchile.cl/postgrado
Santiago - Chile

A mi señora, Vanessa

Abreviaturas

art.....	Artículo
arts.....	Artículos
CC.....	Código Civil
CPC.....	Código de Procedimiento Civil
etc.....	Etcétera
inc.....	Inciso
N°.....	Número
NLMC.....	Nueva Ley de Matrimonio Civil
LTF.....	Ley de Tribunales de Familia
op. cit.....	Obra Citada
p.....	Página
pp.....	Páginas
sgtes.....	Siguientes
t.....	Tomo
v.....	Volumen

ÍNDICE
Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio:
La Compensación Económica

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES GENERALES	
1. Orígenes y evolución en el Derecho Comparado.....	11
2. La compensación en España y Francia.....	13
3. Antecedentes legislativos.....	15
4. Cuestión previa. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio.....	19
CAPÍTULO II	
CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA	
1. Concepto.....	22
2. Fundamentos.....	23
2.1. Protección al cónyuge más débil.....	26
2.2. Pérdida del estatuto protector del matrimonio.....	27
2.3. El menoscabo económico que genera la ruptura.....	28
2.4. Costo de oportunidad laboral.....	28
2.5. Cierto reconocimiento a las labores domésticas.....	29
2.6. La Equidad.....	30
3. Naturaleza Jurídica.....	33
3.1. Naturaleza alimenticia.....	34
3.2. Indemnizatoria.....	36
3.3. Enriquecimiento sin causa.....	42
3.4. Mixtas o compuestas.....	44
3.5. Institución sui generis.....	46
3.6. Reflexión sobre la naturaleza jurídica.....	48

4. Quantum.....	53
-----------------	----

CAPÍTULO III

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

1. Oportunidad para solicitarla.....	57
2. Casos en los que procede.....	59
3. Requisitos de procedencia.....	61
3.1. Sentencia firme de divorcio o de nulidad de matrimonio.....	62
3.2. Existencia real y efectiva de un menoscabo económico.....	63
3.3. No haber desarrollado trabajo remunerado durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería.....	67
3.4. Dedicación al cuidado de los hijos y/o a Las labores del hogar común.....	68
4. Criterios para determinarla.....	70
4.1. La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges.....	71
4.2. La situación patrimonial de ambos.....	72
4.3. La buena o mala fe.....	73
4.4. La edad y estado de salud del cónyuge beneficiario.....	73
4.5. Su situación en materia de beneficios previsionales y de salud.....	74
4.6. Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral	76
4.7. La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.....	77
5. Diferencias entre requisitos de procedencia y criterios para determinar la cuantía, art. 61 y 62 LMC.....	78
6. Quien determina su monto.....	81
7. Aspectos probatorios.....	85
8. Formas de pago.....	88
9. Formas de garantizar el pago.....	91
10. Casos en los que se puede denegar y rebajar.....	93

CAPÍTULO IV

EL CRÉDITO DE COMPENSACIÓN

1. El crédito de compensación.....	95
2. Renuncia.....	96
2.1. Renuncia ex ante.....	96
2.2. Renuncia ex post.....	98
3. Prescripción.....	99

CAPÍTULO V

RELACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL

1. Relación con la obligación alimenticia.....	101
2. Relación con los regímenes patrimoniales.....	103
3. Comparación con el patrimonio reservado.....	107
4. Compatibilidad con otras indemnizaciones.....	109

CAPÍTULO VI

EFFECTOS TRIBUTARIOS Y COMENTARIOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA

1. Efectos tributarios.....	112
2. Comentarios sobre la jurisprudencia.....	116
Conclusiones.....	117
Bibliografía.....	119

EFFECTOS PATRIMONIALES DE LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO: LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

INTRODUCCIÓN.

El 17 de Mayo de 2004, después de casi diez años de tramitación en el Congreso Nacional, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.947, "Nueva Ley de Matrimonio Civil"¹, que vino a sustituir a la antigua legislación que data del año 1884.

Esta nueva normativa, fruto del trabajo de parlamentarios y especialistas, principalmente abogados, representantes de un amplio y plural espectro de filosofías y concepciones políticas, ratifica como principio base, en concordancia con lo que prescribe la Constitución Política, la protección a la familia como célula fundamental de la sociedad.

Dentro de las principales modificaciones podemos mencionar: el aumento de la edad para contraer matrimonio, la modernización de las causales de nulidad, la eliminación de la incompetencia del Oficial del Registro Civil como causal de nulidad de matrimonio y, por consiguiente, la posibilidad de contraer matrimonio ante un oficial de cualquier territorio jurisdiccional, el establecimiento de cursos preparatorios de matrimonio, aún cuando ellos no sean obligatorios, el reconocimiento del matrimonio religioso como una forma válida de celebración, la posibilidad de los cónyuges de llegar a acuerdos en determinadas materias, el establecimiento de la conciliación y la mediación como mecanismos para la consecución de dicho fin, la regulación de la separación judicial, del divorcio vincular y la compensación económica para los casos de divorcio y nulidad.

Esta ley, que, como se aprecia trae importantes innovaciones a la legislación de familia, ha sido conocida también, como ley de divorcio, en alusión al anhelo de importantes sectores de la sociedad que, abogando por conceder más autonomía personal a los individuos, sostenían la imperiosa necesidad de establecer el divorcio vincular en Chile.

Este postulado logró el consenso necesario para convertirse en ley, pero junto con ello, se planteó la necesidad de analizar en términos objetivos, las consecuencias

¹ En adelante NLMC.

que el divorcio ha generado en otras latitudes. De varios estudios realizados en distintos países que tienen una legislación divorcista, se concluye que el divorcio genera nefastas consecuencias económicas para los cónyuges, pero principalmente para la mujer, quien sacrificando su situación laboral en pro del bienestar de la familia, se dedicó al cuidado de los hijos o del hogar común, perdiendo con ello, no sólo la posibilidad de obtener un ingreso mensual y bienes, sino también derechos de salud y previsionales, entre otros.

Es así, como en el entendido de proteger al cónyuge que queda en desventaja luego de la ruptura, o de evitar el empobrecimiento de la mujer, (como ya se enuncia en la expresión de motivos del proyecto de ley presentado en el año 1995, que posteriormente constituiría la base de la Ley N° 19.947), o como se señalaría en definitiva, en el afán de protección al cónyuge más débil, se legisló estableciendo la compensación económica. Único efecto patrimonial que puede surgir a la terminación de matrimonio por sentencia firme en juicio de divorcio, o por su disolución por sentencia firme en juicio de nulidad de matrimonio.

En esta tesis se pretende dar una visión integral, coherente y crítica de este nuevo derecho, que ha generado gran confusión y muchas interrogantes en la mayoría de la doctrina y jurisprudencia.

En el Capítulo I, se hace una reseña del origen y evolución de este instituto, en el derecho comparado, para luego revisar brevemente la pensión compensatoria, española y la prestación compensatoria, francesa. Además, de los antecedentes derivados de la tramitación en la compensación económica, en el Congreso Nacional, y por último, los efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio.

El capítulo II, se define este derecho, se plantean sus principales cuestiones dogmáticas, como sus fundamentos, naturaleza jurídica y el quantum de la misma.

En el capítulo III, se estudia la oportunidad para solicitarla, sus requisitos de procedencia y los distintos criterios para establecer su cuantía, quien determina su monto, su forma de pago, los casos en que se puede denegar o rebajar, las garantías y apremios para obtener su cumplimiento.

En el capítulo IV, se analiza el crédito de compensación, además de la renuncia y la prescripción.

Luego, en el capítulo V, se analiza su relación con otras instituciones del Derecho de Civil, como la obligación alimenticia, los regímenes patrimoniales, el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal y si es compatible con otras indemnizaciones.

Por último, en el capítulo VI, se analizan sus efectos tributarios y se comenta la tímida jurisprudencia de nuestros tribunales.

Siempre teniendo presente, además de las normas legales pertinentes, la historia fidedigna de la Ley, las opiniones de los principales autores nacionales y extranjeros, así como la jurisprudencia existente desde el año 2004 a la fecha.

Hemos considerado el estudio global de la compensación, intentando abordar el tema tanto en sus distintos aspectos civiles y procesales, sin dejar de lado los importantes aspectos prácticos, que son los que en definitiva van dando cuerpo a las distintas instituciones jurídicas.

Para concluir, quiero agradecer a la Directora de esta tesis, la Dra. Maricruz Gómez de la Torre, quién con mucha paciencia y sabios consejos, alentó el desarrollo de este trabajo.

También quiero agradecer muy especialmente, todo el apoyo, ayuda y comprensión, de mi señora, la abogada Vanessa Quiroz Santos, a quién dedico este trabajo.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES GENERALES

1. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

En la mayoría de los países se ha planteado la necesidad de legislar sobre las consecuencias económicas que la ruptura matrimonial genera en los cónyuges, ya que, las obligaciones paterno filiales se mantienen inalterables, sea cual sea la forma de término del vínculo conyugal.

Por tanto, se parte de una premisa generalmente aceptada de que el quiebre de la relación de pareja, y muy especialmente el divorcio genera pobreza, principalmente en la mujer², de hecho este fue uno de los principales argumentos de quienes, en su momento, se opusieron a legislar sobre el divorcio unilateral³.

Es entonces a partir de este aserto que en las distintas legislaciones se ha optado por regular ciertas consecuencias económicas que se generan conjuntamente con la terminación del vínculo.

Históricamente, podemos decir que su desarrollo es paralelo al divorcio, de manera que sus inicios se encuentran en el divorcio por culpa, que traía aparejada la sanción de pago de una pensión alimenticia a favor del cónyuge inocente. Ya lo señalaba el jurista francés Jean Carbonnier quien “asienta el deber de alimentos posterior a la ruptura de la convivencia, en una suerte de reminiscencia de la indisolubilidad del matrimonio: una indisolubilidad patrimonial del vínculo, que deja en libertad personal, pero no financiera, al cónyuge culpable”⁴.

Como se puede apreciar en un primer momento se sanciona al cónyuge culpable, fijando una pensión de alimentos a favor del inocente. Pero el desarrollo del divorcio, que en un comienzo sólo se permitía mediante la acreditación de una causa,

² ROCA TRÍAS, Encarna. Familia y cambio social (De la casa a la persona), Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pp. 149 y sgtes.

³ Así, INSTITUTO LIBERTAD y DESARROLLO. Divorcio unilateral empeora la situación de la mujer [en línea] <<http://www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio>> [visitado el 10 de Junio de 2005], Véase Boletín 1759-18 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Aspectos económicos del divorcio, pp. 1170 y sgtes.

⁴ CARBONNIER, Jean, citado por FOSAR BENLLOCH, Enrique. Estudio de derecho de familia, t.2, v.1, Bosch, Madrid, 1982, p. 389.

es decir, mediando un juicio de reproche, posteriormente evoluciona a criterios objetivos, como la ruptura irremediable del vínculo matrimonial, que nuestro legislador denomina cese efectivo de la convivencia. Se trata de acreditar una causa objetiva, y en la actualidad incluso, se permiten divorcios incausados, donde los cónyuges de mutuo acuerdo ponen fin al matrimonio, a través de un proceso judicial, donde no se exige más que la expresión de voluntad de los cónyuges, como ocurre por ejemplo en la legislación francesa y española⁵.

De tal modo, que este efecto patrimonial del término del matrimonio, evoluciona desde la sanción subjetiva o culpable a una determinación objetiva.

Así, la Convención de Viena de 1977 sobre Derecho de Familia, en sus conclusiones, expresó el deseo "...que la legislación nacional consagre el principio según el cual la pensión alimenticia después del divorcio debería ser atribuida según las necesidades económicas del cónyuge acreedor, independientemente de la inocencia o de la culpabilidad del deudor, pero teniendo en cuenta sus posibilidades financieras. En la atribución –de tal pensión- podría tenerse en cuenta, a título excepcional, el comportamiento de los esposos durante el matrimonio"⁶.

El comité de expertos sobre el derecho del divorcio del Consejo de Europa en 1981, elaboró un proyecto de recomendación en esta materia, en el cual expresa que la falta de uno de los esposos no debería tener una importancia determinante en la atribución de la prestación, y entre otras cosas, deberían fijarse indicaciones de carácter muy general dejando, en último término, al juez la responsabilidad de decidir a la vista de cada caso en concreto⁷.

⁵ Código Civil francés, artículo 233: *"El divorcio podrá ser solicitado por uno u otro de los cónyuges o por ambos cuando acepten el principio de la ruptura del matrimonio sin consideraciones sobre los hechos que la hayan causado. Esta aceptación no es susceptible de retractación, ni siquiera por vía de recurso"*.

Código Civil español, artículo 86: *"Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81"* y el art. 81...*Una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio...*

⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, Lex Nova, 2ª ed. Valladolid, 2003, p. 26.

⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit., pp. 26 y 27.

De esta forma asumida la realidad que implica la ruptura matrimonial, y en la búsqueda de soluciones, en el derecho comparado se han intentado a través del establecimiento de las siguientes alternativas: fijando una pensión alimenticia o una compensación por los perjuicios generados por la ruptura, y en algunos casos compatibilizando dichas opciones. Con carácter exclusivamente alimenticio, por ejemplo Suiza y Argentina, con carácter indemnizatorio, Canadá, y combinando ambas posibilidades, denominadas mixtas, Francia.

Por último, creemos que existen dos rasgos comunes en las fórmulas expresadas: en primer lugar, es un efecto de la disolución o terminación del matrimonio (salvo el caso señalado de la separación, en el derecho español), y en segundo lugar, los criterios para determinar la cuantía son muy similares⁸.

2. LA COMPENSACIÓN EN ESPAÑA Y FRANCIA.

Las principales fuentes en el derecho comparado, son sin duda la legislación española y francesa, aunque nuestra compensación económica presenta ciertas similitudes con las prestaciones compensatorias de dichos países, no es idéntica a ninguna de ellas, quizás la principal semejanza está en los criterios o circunstancias para determinar la cuantía, que como se ha señalado es un elemento que se repite en la mayoría de las legislaciones.

La pensión compensatoria española está regulada en los artículos 97 a 101 del Código Civil⁹, en estas normas, se prescriben los requisitos, casos en que procede, la sustitución, modificación y el cese de la misma.

La Ley 30/1981, introduce la institución de la pensión compensatoria (también denominada pensión por desequilibrio), dicha ley modifica el régimen del matrimonio en el Código Civil español y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio.

⁸ Así por ejemplo, el art. 271 del Código Civil francés, art. 97 Código Civil español, art. 207 del Código Civil argentino, art. 25 “Matrimonial Causes Act” de Inglaterra de 1973, art. 75 de la “Family Law Act” australiana de 1975, art. 62 de la Ley N° 19.947 en nuestro país.

⁹ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, 28ª ed., actualizada, Civitas, Navarra, 2005.

Es menester considerar, que la Ley 15/2005, modifica esta institución, principalmente, ya no se hace referencia “al derecho a la pensión”, sino a la “compensación”, se resuelve un tema que en la práctica ya se había solucionado por vía jurisprudencial, el establecer una pensión temporal. Por último, se señala expresamente que la compensación se puede fijar tanto en el convenio regulador, como en la sentencia.

Se entiende que se trata de una prestación que pretende restablecer el desequilibrio que puede causar la ruptura matrimonial, así el art. 97 del Código Civil español prescribe *“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”*.

En Francia, la Ley de 11 de Julio de 1975, introduce la compleja institución de la prestación compensatoria, que sustituye a la pensión alimenticia del antiguo art. 301.1 del Código Civil francés, en que el beneficiario era el cónyuge inocente (en los juicios de divorcio por culpa) y que se encontraba en situación de necesidad.

Según el art. 270 del Código Civil francés¹⁰, uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas.

¹⁰ Código Civil francés, artículo 270: *“El divorcio pondrá fin al deber de socorro entre cónyuges.*

Uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas. La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado. Tendrá la forma de un capital cuyo importe será determinado por el juez.

Sin embargo, el juez podrá denegar la concesión de dicha prestación si la equidad lo exigiera, considerando los criterios previstos en el artículo 271, o bien cuando el divorcio, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura, fuera pronunciado atribuyendo todas las causas de culpabilidad a la parte que solicita el beneficio de dicha prestación”.

El derecho a la prestación compensatoria no es una consecuencia automática del divorcio. Son presupuestos para su concesión un estudio comparativo de las necesidades y los recursos de los cónyuges, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y la evolución de ésta en un porvenir previsible¹¹.

Los arts. 270 y siguientes del Código Civil francés, regulan la existencia de la prestación, la determinación de su importe, su modificación y formas de extinción.

3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS¹².

En nuestro país conjuntamente con la incorporación del divorcio vincular, se reguló la compensación económica, por lo que a continuación se hará una reseña de la evolución de este derecho durante la tramitación en el Congreso Nacional de la Ley N° 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil.

La moción parlamentaria que da origen a la Ley N° 19.947, presentada el 28 de noviembre de 1995, por la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y los Diputados señores Walter, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo, no regula la institución objeto de este estudio, sin embargo, y como se ha señalado, ya en la expresión de motivos expresa su preocupación por evitar “el empobrecimiento de la mujer” producto de la ruptura¹³.

En el texto propuesto podemos encontrar dos disposiciones que hacen referencia al tema en comento, el art. 63 que pretendía establecer el convenio regulador de las relaciones familiares, como una regla común a la separación, nulidad y divorcio, que en su parte final señalaba *“es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias que se acaban de señalar, resguarda suficientemente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian...”*, y el art. 65, que en su inciso final, establecía que *“al respecto, y por resolución fundada, el juez podrá alterar*

¹¹ LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, Bosch, Barcelona, España, 1993, p. 105.

¹² Véase BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

¹³ ANTECEDENTES Y TEXTOS DE LA LEY N° 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL Y OTRAS, Diario Oficial, Santiago, Chile, 2004, p. 24.

las reglas de la distribución de gananciales o del crédito de participación, si los hubiere; disponer pensiones alimenticias por tiempo limitado a favor de los cónyuges; o **prever otra prestación** que asegure a favor de los hijos o el cónyuge relaciones equitativas¹⁴.

De lo expuesto, es dable destacar la preocupación de los parlamentarios que presentan el proyecto por tratar de solucionar las consecuencias económicas que la ruptura genera en el cónyuge más débil, en especial, en la mujer. Se observa eso sí, poca claridad, dejando más bien la carga sobre el juez de intentar velar por establecer relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro, sancionando a su favor una pensión alimenticia por tiempo limitado u otra prestación.

Fueron en las indicaciones al proyecto de ley durante el inicio del segundo trámite constitucional que comenzó a surgir la idea de otorgar una compensación o pensión compensatoria¹⁵.

Por su parte, el 13 de septiembre de 2001, en Mensaje N° 227-344, el Ejecutivo presenta indicaciones al proyecto, que venimos comentando, donde destaca el art. 38¹⁶, contenido dentro de las normas que regularían los efectos del divorcio. En el cual

¹⁴ ANTECEDENTES Y TEXTOS DE LA LEY N° 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL Y OTRAS, op. cit., p. 36.

¹⁵ ZAVALA ORTIZ, José y MONTECINOS FABIO, Carolina. Jurisprudencia divorcio, PuntoLex S.A., Santiago, Chile, 2006, p. 47.

¹⁶ Indicación Proyecto de Ley, artículo 38: *“Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando las resultas de la liquidación del régimen de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos.*

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

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

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

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

1° La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges;

2° La edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges;

se pretendía establecer determinados derechos (declaración de bien familiar, o derechos de usufructo, uso o habitación, o una pensión compensatoria), para aquel cónyuge que quedará imposibilitado de satisfacer sus propias necesidades, una vez decretado el divorcio. Dichos derechos se podrían modificar por variación de las circunstancias que justificaron su establecimiento, y eventualmente, se podría solicitar el cese transcurrido 5 años.

Por su parte los Honorables Senadores señores Chadwick, Romero, Diez propusieron una indicación al mismo proyecto, que consideraba una disposición similar, pero para los casos de nulidad, en el art. 48¹⁷. Se trata de una prestación alimenticia por un tiempo limitado, máximo 5 años, para el cónyuge de buena fe, **que se haya quedado al cuidado de los hijos o del hogar**, en los casos de nulidad de matrimonio.

En el seno de la Comisión, y en el segundo trámite constitucional, se discutieron las indicaciones planteadas, y la protección que recibiría el cónyuge más débil.

3° Las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral;

4° La eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar;

5° El aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común;

6° La eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio;

7° La existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges.

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

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

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

¹⁷ Indicación Proyecto de Ley, artículo 48: “Por la declaración de nulidad se tendrá el matrimonio como no celebrado para los todos los efectos legales.

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

Así, el Honorable Senador señor Viera-Gallo observó que la propuesta mencionada razona en torno al derecho de alimentos. La legislación extranjera apunta, en cambio, a las compensaciones entre los cónyuges por desequilibrio económico que se producirá entre ellos¹⁸.

La Ministra del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) señora Delpiano sugirió señalar que el juez deberá evitar que, como consecuencia del divorcio, se produzca un desequilibrio económico entre los cónyuges, el que se entiende no sólo por falta de equiparidad patrimonial al momento de la disolución del matrimonio sino también por las perspectivas económicas de uno y otro¹⁹.

El Ministro de Justicia señor Gómez afirmó que este sistema está operando en muchos países, y tiene la gran ventaja de que pone fin, tempranamente, a la discusión económica para no perpetuar el conflicto familiar, como ocurre con los alimentos, en que las solicitudes de rebaja o de aumentos producen enfrentamientos constantes, que lo único que hacen es perpetuar odiosidades. En su opinión, no deben existir alimentos después del divorcio, y no tiene objeciones en que se opte por la indemnización de perjuicios²⁰.

El texto aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que sirve de antecedente al actual art. 61 NLMC, señalaba en el artículo 62, *“si uno de los cónyuges no desarrolló una actividad remunerada durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que le era posible, como consecuencia de haberse dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo sufrido”*.

Como se aprecia estuvo presente en el debate legislativo la preocupación por regular las consecuencias económicas del quiebre matrimonial. En un comienzo, la idea fue regular alimentos a favor de uno de los cónyuges que no pueda satisfacer sus necesidades básicas. Sin embargo, luego cobra fuerza la idea de fijar una pensión

¹⁸ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 589.

¹⁹ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 589.

²⁰ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 590.

compensatoria o una indemnización de perjuicios. Volveremos sobre las ideas expuestas durante la tramitación de la NLMC, en los apartados que siguen.

4. CUESTIÓN PREVIA. EFECTOS PATRIMONIALES DE LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO.

Antes de comenzar el análisis de los distintos aspectos de la compensación, resulta imperioso referirse a los efectos patrimoniales que genera la terminación del matrimonio, en especial, dado lo dispuesto en el art. 60 NLMC, que prescribe *“El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del capítulo siguiente”*.

Ello en el entendido que uno de los requisitos de procedencia del instituto en comento, es la terminación del matrimonio por una causa distinta de la muerte natural o presunta de uno de los cónyuges, es decir, por sentencia firme de nulidad o de divorcio (art. 42 NLMC).

Pues bien, de lo expresado resulta que el término del matrimonio en las hipótesis planteadas, genera un efecto extintivo de las obligaciones y derechos entre los cónyuges, en especial las de carácter patrimonial, como queda de manifiesto en el artículo previamente citado.

La primera observación que debemos consignar, es que sin duda, la disposición en comento dice relación con los derechos y obligaciones de orden legal, excluyendo las que vía autonomía de la voluntad hayan adquirido los cónyuges, aunque su condición fuese la que determinará su decisión de contratar, como por ejemplo, si los cónyuges celebran un contrato de sociedad o un mandato.

En este sentido, Susan Turner ha planteado que el ámbito del efecto extintivo de derechos y obligaciones de carácter patrimonial entre los cónyuges previsto en el art. 60 NLMC es mucho más restrictivo que su tenor literal, pues no incluye los efectos propios del régimen patrimonial del matrimonio ni los derivados de contratos celebrados antes o durante el matrimonio por los cónyuges, ni aun de aquellos en los

que la calidad de cónyuge haya sido la consideración fundamental para la celebración del contrato, a menos que las partes lo hayan previsto expresamente²¹.

No compartimos lo planteado por la profesora Turner, ya que el legislador sólo puede poner término a las obligaciones legales, que deriven del estatuto matrimonial, no ocurre lo mismo con las que adquieran los cónyuges mediante la autonomía privada, ya que ellas quedan sujetas a la ley del contrato o al arbitrio de las partes, además la ley franquea otros medios para extinguir dichas obligaciones. Se trata en definitiva de poner término al matrimonio, con todos sus derechos y obligaciones, y no a las relaciones contractuales o comerciales entre los cónyuges.

La segunda observación, dice relación con que los derechos y obligaciones derivadas del vínculo conyugal, que más adelante denominaremos estatuto protector del matrimonio (entiéndase, derechos sucesorios, de alimentos, de seguridad social y los derivados del régimen patrimonial del matrimonio) son normas de ius cogens, indisponibles para las partes vigente el matrimonio, y que sólo con la ruptura, por divorcio o nulidad, se pone fin a ellas.

En conclusión, el término del matrimonio, por sentencia firme de divorcio o nulidad, pone fin a los derechos y obligaciones entre los cónyuges, en la forma señalada, salvo el derecho a compensación económica, que nace conjuntamente con la ruptura, dado lo dispuesto en los arts. 60 y 61 NLMC.

De modo que podemos colegir que por una parte, mientras la ruptura pone fin a las obligaciones y derechos que se fundan en la existencia del matrimonio (estatuto protector del matrimonio), por otra, y siempre que se cumpla con los requisitos que señalaremos más adelante, *nace la obligación de reparar o resarcir el menoscabo económico* que puede sufrir el cónyuge más débil, por esta causa, es decir, se trata de un efecto suspensivo.

Resulta relevante este aserto si se piensa que en nuestra legislación, regula un tipo de divorcio causado, por lo que si no se acredita la causal o es apelada la sentencia, trae como consecuencia, que si durante la tramitación del juicio en primera o

²¹ TURNER SAELZER, Susan. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 32, Santiago, Chile, 2005, p. 420.

en segunda instancia, muere uno de los cónyuges, el matrimonio termina por la causal del N° 1 del art. 42 NLMC, por lo que no es procedente la compensación económica.

Obviamente, esta afirmación cobra mayor importancia en los casos en que se haya obtenido este derecho en primera instancia y este pendiente, la apelación.

Nuestra Corte Suprema ha señalado “que el estado civil de viuda de la demandada respecto del actor se encuentra fehacientemente acreditado en la causa (se acompañó legalmente en segunda instancia certificado de defunción), de manera que habiendo operado de pleno derecho la causal del numeral 1° del artículo 42 antes mencionado muerte natural o real de uno de los cónyuges, no corresponde declarar judicialmente el divorcio de un vínculo matrimonial ya extinguido. Si la nueva Ley de Matrimonio Civil permite que las parejas pongan término al matrimonio por medio del divorcio con disolución de vínculo, lo es en el entendido que ambos cónyuges viven, lo que se ratifica con la definición, no modificada, del artículo 102 del Código Civil, al disponer que el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida. De lo anterior se infiere, en lo que nos interesa destacar, que el fallecimiento de uno de los contrayentes pone fin a la referida institución, adquiriendo el cónyuge sobreviviente el estado civil de viudo”. Luego, agrega “que, de acuerdo a lo antes razonado y al no darse el presupuesto esencial para que opere la compensación económica prevista en el artículo 61 de la Ley N° 19.947, la demanda reconvenzional debe ser desestimada”²².

En el mismo orden de ideas, la acción de compensación económica es absolutamente dependiente del juicio de divorcio (o de nulidad), tratándose de un tipo de divorcio causado, si no se acredita la causal (arts. 54 y 55 NLMC), se debe rechazar el divorcio y como consecuencia la prestación compensatoria.

Como conclusión preliminar, podemos señalar que el único *efecto patrimonial que nace con la terminación del matrimonio*, es la compensación económica, si bien también se podrían considerar los efectos relativos a la terminación del régimen patrimonial, estos pueden o no coincidir temporalmente con la ruptura (se restringe a los regímenes de carácter participativo) y en este caso el efecto es extintivo.

²² Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 07 de Mayo de 2007, en causa Rol 5616-2006.

CAPÍTULO II

CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

1. CONCEPTO.

Importante resulta por tanto, señalar un concepto o noción sobre qué debemos entender por compensación económica. En este sentido, se han señalado las siguientes definiciones:

En primer lugar, para el Diccionario de la Real Academia Española, y en el significado que sirve a nuestro estudio, compensar es “dar una cosa en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”.

Para Cristian Maturana, “es la indemnización a la cual tiene derecho el cónyuge, en caso que se declare la nulidad o el divorcio, por el menoscabo económico experimentado como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, sin haber podido por ello desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo efectuado en menor medida de lo que podía y quería”²³.

Para el Profesor René Ramos, “consiste en el derecho que asiste a uno de los cónyuges –normalmente la mujer- cuando por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o nulidad, sufrirá por esta causa”²⁴.

Para Javier Barrientos, consiste en “el derecho de aquel cónyuge, cuyo matrimonio ha terminado por divorcio o por declaración de nulidad, que ha sufrido un menoscabo económico, como consecuencia de su dedicación al cuidado de la prole o a las labores propias del hogar común que le impidió desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o que sólo se la permitió realizar en

²³ MATURANA MIQUEL, Cristian. Seminario nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947, Colegio de Abogados, 01 de Junio de 2004, Santiago, Chile, p. 105.

²⁴ RAMOS PAZOS, René. Aspectos destacados de la Ley 19.947, sobre matrimonio civil [en línea] <<http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm>> [visitado el 12-07-05].

menor medida de lo que podía o quería, para que el otro le compense aquel menoscabo económico”²⁵.

Según Gustavo Cuevas, “es la indemnización que debe pagar uno de los cónyuges al otro con el objeto de restablecer, al término del matrimonio por nulidad de éste o divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida”²⁶.

La Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado que “es una institución nueva dentro del derecho matrimonial chileno, incorporada por la Ley N° 19.947, que tiene por objeto, al declarar el divorcio o la nulidad de un matrimonio, resarcir el menoscabo económico que ha sufrido uno de los cónyuges, como consecuencias de haberse dedicado, durante el matrimonio, al cuidado de los hijos o del hogar común, sin poder por ello haber desarrollado una actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que se quería o podía”²⁷.

A nuestro juicio se trata del derecho que le asiste al cónyuge más débil, para que en los casos de término o disolución del matrimonio, sea por divorcio o nulidad, se le compense el menoscabo económico sufrido producto de no haber desarrollado actividad remunerada -o por haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería- como consecuencia de su dedicación al cuidado de los hijos y/o del hogar común.

2. FUNDAMENTOS.

Una cuestión central en el tema de la compensación económica es la de analizar cuales son los fundamentos que justifican la regulación de este derecho.

Al respecto nos parece interesante el planteamiento que distingue entre fundamento y naturaleza jurídica, formulado por el jurista español Carlos Lalana, quien señala que “son dos cuestiones en teoría perfectamente diferenciadas, ya que el fundamento es la razón última o ratio de la institución, mientras la naturaleza aludiría

²⁵ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno, LexisNexis, Santiago, Chile, 2004, p. 420.

²⁶ CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo. Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (N° 19.947) y regímenes matrimoniales, en Curso de Actualización Jurídica. Nuevas tendencias derecho civil, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2004, p. 74.

²⁷ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 26 de enero de 2007, en causa Rol 676- 2006.

mas bien a su íntima esencia desde el punto de vista jurídico. Se comprobará con todo, que entre ambas cuestiones existe una íntima relación, ya que expresa o tácitamente cada autor parte de un previo fundamento para explicar su naturaleza o viceversa”²⁸.

Para Javier Barrientos, los principales fundamentos son²⁹: el desequilibrio económico entre los cónyuges, causado directa o indirectamente por término del matrimonio; la necesidad o carencia de medios de un cónyuge para asegurar su subsistencia futura; el trabajo realizado por uno de los cónyuges en pro de la familia común; indemnización por los daños económicos ocasionados durante el matrimonio, y por último, la indemnización por el daño moral ocasionado por el matrimonio o por la ruptura.

De los fundamentos enunciados, nos parece que los dos últimos se encuentran, en nuestra normativa, completamente descartados, ello por el tenor literal del artículo 61 NLMC, que establece la procedencia de este derecho atendiendo al menoscabo económico sufrido a causa de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, como consecuencia de su dedicación al cuidado de los hijos y/o del hogar común, lo que a nuestro juicio descarta la indemnización de otros perjuicios económicos y los de tipo moral.

En cuanto al desequilibrio económico, las necesidades o carencia de medios para la subsistencia de uno de los cónyuge, y el trabajo de uno de ellos en pro de la familia común, son sin lugar a dudas fundamentos considerados por el legislador, los que se pueden apreciar tanto en la historia fidedigna de la ley (ver Boletín 1759-18), como en el articulado de la nueva legislación sobre matrimonio civil, arts. 3, 24, 55, 61, 62.

Según Álvaro Vidal, ambos cónyuges celebran el matrimonio en la confianza que es indisoluble y en base a esa confianza sacrifican, postergan y renuncian a facetas propias e inherentes a personas que tienen una vida separada e independiente y ello se justifica plenamente en la idea de la comunidad que se forma con el

²⁸ LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, op. cit., p. 23.

²⁹ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno, op. cit., pp. 404 y sgtes.

matrimonio. Junto con celebrar el matrimonio existe un acuerdo implícito entre los cónyuges en torno a sus fines³⁰.

Luego señala “todo matrimonio implica naturalmente para los cónyuges sacrificios, postergaciones y renunciaciones vinculados con el desarrollo personal y profesional de cada uno. Hay ciertos intereses y fines inherentes a la vida matrimonial que se estiman como superiores y que, por ello, prevalecen sobre los individuales de cada uno de los cónyuges”³¹.

Por tanto afirma este autor, “el fundamento jurídico de la compensación económica está, por un lado, en el desequilibrio o disparidad económica que se produce entre los cónyuges a la terminación del vínculo matrimonial debido a que uno de ellos no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en una menor medida, precisamente, porque se dedicó al cuidado de los hijos o al hogar común; y, por otro, en la protección a la confianza de ese cónyuge en orden a que la comunidad que se forma por el matrimonio era para toda la vida”³². Concluye, así las cosas tres serían los fundamentos de la institución objeto de estudio: a) el desequilibrio económico producido por la ruptura del vínculo, habida cuenta de las condiciones en que se desarrolló la comunidad de vida que implica el matrimonio; b) la protección a la confianza creada en el cónyuge dedicado al hogar o al cuidado de los hijos; y, estrechamente vinculado con ambos, c) el enriquecimiento a expensas de otro en los términos explicados³³.

El profesor Pizarro, fundamenta el establecimiento de esta prestación en la idea que “el matrimonio involucra la obligación de socorro económico entre los cónyuges, quienes tienen el deber de prestarse asistencia mutua en todas las circunstancias de la vida. En consonancia con ese deber de socorro y protección, el Código Civil establece la obligación alimentaria entre los cónyuges. Esta obligación cobra todo su esplendor,

³⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, El nuevo derecho chileno del matrimonio, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2006, p. 224.

³¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, op. cit., p. 225.

³² VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, op. cit., pp. 228 y 229.

³³ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, op. cit., p. 231.

hasta ahora, cuando se produce una ruptura matrimonial...de esta manera, el marido o mujer sin el cuidado de los hijos puede quedar sujeto a la obligación alimentaria respecto de sus hijos y de su cónyuge. Sin embargo, la nulidad matrimonial y el divorcio extinguen el deber de alimentos entre cónyuges. Con anterioridad a la nueva ley de matrimonio civil, era frecuente señalar que la nulidad matrimonial dejaba a la mujer en una situación de desprotección. Una vez decretada la nulidad matrimonial cesaba el deber de socorro recíproco de los cónyuges. Esta situación se pretende remediar en la nueva legislación al consagrar la compensación económica para el caso de nulidad y divorcio”³⁴.

Teniendo presente las opiniones de los destacados autores citados, creemos que los fundamentos de esta compensación son: la protección al cónyuge más débil, la pérdida del estatuto protector del matrimonio, el menoscabo económico que genera la ruptura, el costo de oportunidad laboral, cierto reconocimiento a las labores domésticas y la equidad.

2.1. PROTECCIÓN AL CÓNYUGE MÁS DÉBIL.

Uno de los principios incorporados a legislación de familia por la Nueva Ley de Matrimonio Civil, es la protección al cónyuge más débil, consagrado en el art. 3 NLMC, al respecto la norma representa una serie de interrogantes.

¿Qué entiende la ley por cónyuge más débil? Como la ley no lo señala, podemos entender como tal “al que se encuentre en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desmedrada”³⁵. En otros términos, la ley nos remite a la realidad concreta de cada caso³⁶.

Así, para determinar quién es el cónyuge más débil es necesario remitirse a los datos entregados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año 2002. Según

³⁴ PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena, Revista Chilena de Derecho Privado, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 3, Santiago, Chile, 2004, p. 84.

³⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Ley de matrimonio civil [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005]

³⁶ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Seminario Colegio de Abogados, Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, charla efectuada el 20 de octubre, Santiago, Chile, 2005, p. 5.

éstos, el aporte que hombres y mujeres hacen a cada tipo de trabajo es muy diferente. Las mujeres aportan con el 35% de la fuerza laboral mercantil, lo que significa que un 65% de ellas esta dedicada al trabajo doméstico no remunerado. Del total de personas que declararon dedicarse a las labores del hogar, el 95% son mujeres³⁷.

Podemos por tanto afirmar que uno de los fundamentos de esta prestación es la protección del cónyuge más débil, principalmente proteger el interés de las mujeres que han dedicado sus mejores esfuerzos al cuidado de la familia, y que con la ruptura sufre un claro menoscabo económico.

2.2. PÉRDIDA DEL ESTATUTO PROTECTOR DEL MATRIMONIO.

En este sentido compartimos lo expresado por Álvaro Vidal, el matrimonio es un contrato para toda la vida, y el esfuerzo realizado en pro de la familia, justifica que uno de los cónyuges postergue sus aspiraciones y proyectos personales, amparados eso sí, en el denominado estatuto protector del matrimonio, que “confiere a ambos cónyuges una dosis de seguridad, sobre todo aquel que, durante su vigencia, se sacrifica en una mayor medida por dedicarse a las labores del hogar común y/o al cuidado de los hijos, dejando de desarrollar una actividad remunerada. Entre las expectativas se cuentan, el título legal para demandar alimentos, los regímenes matrimoniales del tipo participativo, como la sociedad conyugal y la participación en los gananciales, la posibilidad de demandar la declaración de un bien familiar, la cobertura de los sistemas de seguridad social y de salud, y los derechos sucesorios que la ley reconoce para el caso de fallecimiento”³⁸.

Obviamente, dado el efecto extintivo de estas obligaciones y derechos, consagrado en el art. 60 NLMC, el cónyuge más débil quedará en una muy mala posición luego del quiebre matrimonial.

³⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, op. cit., p. 5.

³⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, op. cit., p. 225.

2.3. EL MENOSCABO ECONÓMICO QUE GENERA LA RUPTURA.

Como lo hemos señalado esta institución surge como una protección al cónyuge más débil, que al momento de la ruptura queda en una situación de precariedad económica, generada principalmente por la postergación personal, quien en comparación al otro cónyuge que si ha desarrollado una actividad remunerada o lucrativa, se encuentra en una posición de desventaja en cuanto a sus posibilidades de subsistir por sus propios medios, dada la dificultad que representará para él su posible incorporación al mercado laboral, habida consideración de su edad y la cantidad de años sin ejercer una profesión u oficio. Ello sin considerar a quienes no lograron ni una mínima cualificación profesional, por embarcarse en este proyecto para toda la vida.

Además, los factores recién mencionados, no se consideran al término de los regímenes patrimoniales del matrimonio de tipo participativo, a modo de ejemplo, ya que volveremos sobre este tema, las cotizaciones previsionales.

2.4. EL COSTO DE OPORTUNIDAD LABORAL.

Relacionado con el punto anterior, el no realizar una actividad remunerada, nuestro legislador la ha establecido como uno de los requisitos de procedencia de la compensación, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones como la española y la francesa, donde es sólo uno más de los criterios para determinar la cuantía de la pensión compensatoria³⁹.

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

³⁹ Véase art. 97 Código Civil español, art. 271 Código Civil francés y el art. 207 del Código Civil argentino.

condiciones de mercado, el derecho debe reconocer este coste de oportunidad laboral y establecer algún mecanismo que lo reconozca y compense”⁴⁰.

Respecto al costo de oportunidad laboral como fundamento de la compensación, según Carmen Domínguez, “es la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. Este coste podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero sólo por aproximación, porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener que es distinto”⁴¹.

2.5. CIERTO RECONOCIMIENTO A LAS LABORES DOMÉSTICAS.

El art. 61 NLMC, dispone dentro de los requisitos que el cónyuge beneficiario no haya realizado actividad remunerada o lucrativa –o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería- como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos y/o del hogar común. De lo expuesto se colige que se establece como condición o requisito de procedencia que el cónyuge acreedor se haya dedicado a lo que en términos genéricos denominamos labores domésticas, y que por primera vez adquiere relevancia jurídica.

Así en España, se regula una compensación al término de régimen de separación de bienes, computando el trabajo para la casa como contribución a las cargas de familia, en el art. 1438 del Código Civil español que prescribe “*los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. **El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación***”.

Dos comentarios sobre esta disposición, por una parte, resulta evidente la naturaleza indemnizatoria de la norma y, por otra parte, es un claro reconocimiento a

⁴⁰ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno, op. cit., p. 408.

⁴¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Seminario del Colegio de Abogados Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, charla efectuada 13 de octubre, Santiago, Chile, 2005, p. 13.

las labores del hogar, aunque su aplicación se limita al régimen de separación de bienes.

2.6. LA EQUIDAD.

Sin lugar a dudas el fundamento de esta prestación, dice relación con el restablecimiento de las relaciones de equidad entre los cónyuges, siendo este quizás su principal fundamento, por la naturaleza del matrimonio, que es un proyecto de vida en común, y en el cual, históricamente los cónyuges deben distribuir sus esfuerzos en pro de la familia, velando por el bienestar de ellos y de su descendencia, se distribuyen las cargas.

En este contexto, uno de ellos, usualmente la mujer, concentra todo su esfuerzo, o a lo menos, la mayor parte de él, en el desarrollo de las labores del hogar común y/o al cuidado de los hijos, sacrificando de este modo sus proyecciones personales⁴², al no poder realizarse profesional o laboralmente, lo que representa además, un claro perjuicio, los que, luego de la ruptura, manifiestan sus consecuencias, como la falta o escasa cualificación profesional, escaso patrimonio, no existen fondos de pensiones que le permitan acceder a una pensión de vejez, pierde la cobertura de salud, y ello agravado por el hecho que el paso de los años, le resta sólo por la edad, las posibilidades de acceder al mercado laboral, y muchas veces, ya con serios problemas de salud.

De este razonamiento podemos concluir que al término del matrimonio estos aspectos no fueron considerados ni aun en los regímenes patrimoniales participativos (así se desprende del art. 80 de la Ley N° 20.255 sobre Reforma Previsional, en que se faculta al juez para ordenar el traspaso de fondos de pensiones desde la cuenta de

⁴² Así parece entenderlo la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, en sentencia de fecha 22 de febrero de 2008, en causa Rol 1293- 2007, señala “que, siendo así, no cabe sino concluir que el motivo que tuvo en vista el legislador, al establecer este derecho a compensación de tipo económico, dice relación con la compensación a que tiene derecho **aquél de los cónyuges que se ha sacrificado**, renunciando a mejores expectativas económicas, por haber privilegiado el cuidado de los hijos comunes y la realización de las labores propias del hogar común, a fin de fortalecer a la familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad, conforme lo declara el artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile”.

capitalización individual del cónyuge deudor a la del cónyuge acreedor, y si este no posee una, se ordenará que se proceda a abrir una al efecto). Por lo que por razones de equidad, y restableciendo las relaciones entre los cónyuges, es justificado que dichos aspectos se consideren.

La profesora Paulina Veloso ha opinado al respecto que “el mandato constitucional de la igualdad obliga al legislador, en este caso, a crear los mecanismos jurídicos dirigidos a la solución o mitigación del problema referido, a efectos de asegurar una igualdad de oportunidades de hombres y mujeres postdivorcio y de tender hacia una mayor igualdad de hecho entre los mismos”. Continúa señalando que “existen razones jurídicas constitucionales y vinculadas al derecho internacional que obliga a los Estados a realizar las políticas, e introducir las normas legales necesarias a efectos de resolver el problema ya planteado que acentúa la desigualdad entre hombres y mujeres”⁴³

Así el año 2006, se presentó en el Congreso Nacional Argentino, un proyecto de reforma del Código Civil de dicho país, que pretende incorporar la compensación económica en los mismos términos de nuestra Ley de Matrimonio Civil, donde se fundamenta su incorporación de la siguiente manera:

“La Constitución Nacional establece en su artículo 16 la garantía de igualdad ante la ley, la que también se encuentra protegida en los distintos tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 Constitución Nacional Argentina).

Estos instrumentos internacionales introducen en forma expresa el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminar y la obligación imperativa de proteger los derechos fundamentales contra cualquier tipo de discriminación: art. 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴³ VELOSO VALENZUELA, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica, Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, N° 13, Santiago, Chile, 2006, p. 176.

Por su parte, específicamente dirigida a la protección de los derechos de la mujer, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece en su artículo 1 que "a los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

"De este modo se asume que existen actos que, aunque en sí mismo no son discriminatorios, pueden tener resultados que sí lo sean. Por ello, a la hora de evaluar nuestra normativa vigente no sólo debemos atender a las normas en abstracto sino que debemos contemplar si la aplicación de las mismas pueden tener resultados discriminatorios".

Resta destacar que, si advertimos que nuestra normativa puede resultar discriminatoria en los términos del artículo citado, debemos adecuar nuestra legislación so pena de incumplir con las obligaciones internacionales asumidas. Por ello, el artículo 2 de la última Convención citada dispone, en su parte pertinente, que "los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:... f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer"⁴⁴.

En nuestro país, la obligación de establecer relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro, (aparece en el primer proyecto legislativo presentado en el año 1995, en el artículo 63, y, en la ley N° 19.947, se encuentra consagrado en los artículos 3, 27 y 55), se vincula estrechamente con las normas constitucionales e internacionales, que prohíben la discriminación, especialmente contra la mujer.

⁴⁴ PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO CIVIL ARGENTINO EXPEDIENTE 0759-D-2006 [en línea] <<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0759-D-2006>> [visitado el 17 de noviembre de 2007].

En el Derecho Español se ha señalado como fundamento de la pensión compensatoria, para algunos autores, el carácter asistencial, basado en un principio de solidaridad postconyugal, haciendo subsistir en cierta forma el vínculo conyugal, manteniendo la relación aunque sea únicamente a efectos económicos.

Según otros autores la pensión tiene fundamento de reparación o indemnización del daño que haya podido causar a los cónyuges el cambio de estado. En este caso, tiene su razón de ser en la separación o el divorcio⁴⁵.

Por último, a juicio de De La Camara Álvarez, la compensación económica tiene fundamento de equidad si se concibe el divorcio como un remedio frente a una situación de ruptura y no como una facultad de los cónyuges de imponer al otro la disolución del vínculo cuando haya infringido gravemente los deberes inherentes al matrimonio⁴⁶.

3. NATURALEZA JURÍDICA.

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

La cuestión no es irrelevante desde el punto de vista práctico. La identificación de la naturaleza jurídica sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta contenidos en la regulación normativa, ayuda a elegir factores de decisión que aparecen aludidos únicamente por la intención del legislador de hacer enumeraciones de elementos no taxativas; y, finalmente, resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio⁴⁷.

⁴⁵ LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, op. cit., p. 25.

⁴⁶ LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, op. cit., p. 26.

⁴⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 34, N° 1, Santiago, Chile, 2007, p. 24.

El profesor Carlos Peña, en el marco de un seminario sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil, señala que la regla de la compensación económica no es una regla de indemnización por el daño moral que a uno de los cónyuges pudo causar la ruptura; tampoco una regla que pretenda corregir ex post el régimen de bienes, ni una regla que compense la pérdida de derechos sucesorios, ni en fin una regla de alimentos⁴⁸.

Para efectos de este trabajo analizaremos las distintas posiciones planteadas, que van desde la concepción alimenticia hasta la naturaleza sui generis. A la luz de lo expuesto en el seno de la Comisión Legislativa, la doctrina y la jurisprudencia.

3.1. NATURALEZA ALIMENTICIA.

Se ha planteado la posibilidad de que la compensación tenga carácter alimenticio, se citan argumentos de texto, como el art. 66 NLMC, que establece “*Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación...El juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario...La cuota respectiva se **considerará alimentos** para el efecto de su cumplimiento*”.

Además los antecedentes históricos, ya que las primeras propuestas legislativas, razonaban sobre la base de establecer una pensión alimenticia por un tiempo determinado (como se ha señalado en el apartado sobre los antecedentes legislativos).

Por último, se citan algunos criterios para determinar la cuantía, consagrados en el art. 62 NLMC, como **el patrimonio de ambos cónyuges y la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario**.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta en sentencia de 3 de mayo de 2006, en causa Rol 1161- 2005, expresa que “en la hipótesis descrita y relativa a este caso, la compensación económica jugaría una función asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en tiempo y entidad, debiendo el juez particularmente tener en cuenta la edad, salud de los cónyuges y la situación patrimonial y previsional de cada uno, considerando que el cónyuge que entregó su dedicación al hogar y a los hijos ya

⁴⁸ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Seminario Colegio de Abogados, Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947, charla efectuada 1 de junio de 2004, Santiago, Chile, p. 70.

no podrá insertarse laboralmente o le será muy difícil hacerlo”, similares argumentos encontramos en sentencia de la Corte de Antofagasta, de fecha 29 de mayo de 2006, en causa Rol 225-2006.

En contra se ha señalado, que para determinar la procedencia de la compensación no es requisito que el cónyuge beneficiario se encuentre en un **estado de necesidad** en el sentido que carezca de bienes para subsistir.

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

También se cita el debate legislativo, actas de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, que al discutir sobre el artículo 66, donde el Ministro de Justicia, Señor Bates, señaló que esto incrementaría las dudas acerca de la naturaleza jurídica de la institución, generando incertidumbre respecto de si se trata de una indemnización o de alimentos⁴⁹.

Los Honorables Senadores señores Chadwick y Espina coincidieron en que la compensación no corresponde a alimentos, excepto en lo que atañe a su cumplimiento en ciertos casos⁵⁰.

El Honorable Senador señor Chadwick declaró que, en su opinión, no se trata de alimentos, los cuales tienen como objetivo permitir la subsistencia. En cambio, esta institución pretende compensar una expectativa económica a la cual se habría renunciado para dedicarse exclusiva o preferentemente a la familia común⁵¹.

⁴⁹ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 601.

⁵⁰ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 604.

⁵¹ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 603.

La Comisión rechazó, asimismo, hacer transmitible (sic) a los herederos del deudor que fallece la obligación de pagar la compensación, aun cuando ellos pudieran aceptar la herencia con beneficio de inventario⁵².

Estimó que, al no ser alimentos, no constituyen baja general de la herencia, sino que se debe tratar como cualquier deuda hereditaria. Además, no hay duda que la herencia siempre se puede aceptar con beneficio de inventario. Es decir, se llega a la misma conclusión mediante la aplicación de las reglas generales⁵³.

En el derecho comparado, y respecto a las legislaciones que sirven de precedente a la nuestra, como la española, sólo Eusebio Aparicio y Lasarte y Valpuesta, consignaron la naturaleza alimenticia, la mayoría de la doctrina se inclina por otras alternativas, incluso los mismos autores citados posteriormente cambiaron su opinión⁵⁴.

La Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia de 16 de mayo de 2006, causa Rol 1603-2005, ha señalado “hay que dejar asentado desde luego que ella no tiene el carácter alimenticio que pretende la actora...”

3.2. INDEMNIZATORIA.

Dentro de este grupo debemos agrupar todas aquellas corrientes que señalan que se trata de una institución indemnizatoria, reparadora o compensatoria. En definitiva se trata de reparar un menoscabo en los términos del artículo 61 NLMC, que es sinónimo de daño, en este sentido el profesor Alessandri, define daño como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”⁵⁵.

La diferencia entre indemnizar y compensar reside únicamente en la extensión de la reparación. Indemnizar pretende dejar “indemne” al sujeto pasivo e “indemne” es

⁵² BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 604.

⁵³ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 604.

⁵⁴ LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, op. cit., pp. 27 y 32.

⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2005, p. 153.

“libre o exento de daño”: de todo daño. O, dicho de otra manera, en la indemnización el objetivo es neutralizar la totalidad del daño causado, con identidad, en la medida de lo posible, entre el perjuicio y su reparación. Por contra, compensar tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo⁵⁶.

El profesor Hernán Corral, estima que “debe notarse que la compensación económica se basa en el esquema de la responsabilidad por lucro cesante, es decir, el cónyuge que la pretende deberá probar que podía y quería desempeñar una actividad remunerada o lucrativa fuera del hogar”⁵⁷.

Posteriormente ha señalado, que la naturaleza jurídica de la compensación no es propiamente asistencial o alimenticia (porque el matrimonio se extingue y con ello el deber de socorro), ni tampoco una manifestación del enriquecimiento sin causa (si efectivamente lo hay podrá recurrirse por una acción autónoma), ni tampoco una forma de responsabilidad civil contractual objetivada por lucro cesante o pérdida de una chance (lo que también podrá ser objeto de una acción independiente en la que se podrán cobrar incluso perjuicios morales). La figura cae más bien en las llamadas “*indemnizaciones por sacrificio*”, o lo que nosotros denominamos indemnizaciones por afectación lícita de derechos, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación o de imposición de servidumbres legales⁵⁸.

En el mismo sentido el profesor Mauricio Tapia, ha planteado que “si nos remitimos al texto de la definición legal de la compensación económica podríamos sostener que su naturaleza se acerca a la *indemnización por pérdida de una*

⁵⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución, <www.nuevodivorcio.com/pensioncompensatoria.pdf> [visitado 15 de Noviembre de 2006].

⁵⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. Una ley de paradojas. Comentarios a la nueva ley de matrimonio civil, Revista de Derecho Privado, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, p. 267.

⁵⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial, La Semana Jurídica, N° 320, Santiago, Chile, 2006, p. 6. En similar sentido, VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil, op. cit., pp. 251 a 253. El mismo autor, La compensación económica en la ley de matrimonio civil ¿un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?, Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, año LXXII N° 215-216, Ene/Dic, Concepción, 2004, pp. 284 y sgtes.

oportunidad, aunque los criterios de cálculo reconocidos a continuación en la misma ley parecieran indicar otra cosa”⁵⁹.

Así, para Cristian Maturana, se trata de una *indemnización compensatoria* a favor de uno de los cónyuges, y no de alimentos en beneficio de uno de ellos. Dicha naturaleza jurídica resulta clarísima si tenemos presente que la Comisión rechazó, asimismo, hacer transmitible (sic) a los herederos del deudor que fallece la obligación de pagar la compensación, aún cuando ellos pudieran aceptar la herencia con beneficio de inventario⁶⁰.

Patricio Véliz indica que “se habla de que estas compensaciones constituirían jurídicamente una *indemnización de perjuicios*, por cuanto con ellas se pretende resarcir un daño consistente en un menoscabo económico de uno de los cónyuges por su mayor dedicación al cuidado de la familia y el hogar, lo que es efectivo. Sin embargo, aquí se atiende al daño producido, independiente de la culpabilidad del sujeto, requisito este último, base en nuestro derecho de la responsabilidad contractual o extracontractual y sin el cual no es jurídicamente procedente exigir la indemnización de los perjuicios ocasionados”⁶¹.

El profesor Domínguez, también estima que tiene un carácter reparatorio “se trata de una forma de resarcimiento de un daño, es decir, de una cierta pérdida por el hecho de haber dedicado el esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio...Si debe pagar la compensación el marido, es porque él ha resultado en cierta medida beneficiado por el sacrificio de su cónyuge y por ende está en mejor situación patrimonial. Pero que la institución tiene un carácter indemnizatorio es indudable, pues justamente ese es su fundamento. Sin embargo, indemnizatorio no es, como dijimos, sinónimo de reparatorio, pues no se trata de restituir un valor perdido por su equivalente exacto, como ocurre en la responsabilidad civil con la indemnización

⁵⁹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Entrevista sobre el tema en La Semana Jurídica, N° 271, del 16 a 22 de enero, Santiago, Chile, 2006, p. 4.

⁶⁰ MATURANA MIQUEL, Cristian. Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947, op. cit., p. 106.

⁶¹ VELIZ MÖLLER, Patricio. Divorcio, nulidad y separación, los caminos frente a la ruptura, Cerro Manquehue, Santiago, Chile, 2004, p. 65.

patrimonial, en que la indemnización sustituye al interés económico perdido o afectado y se calcula en función del valor de éste. Se trata sólo de ofrecer una compensación, es decir, una satisfacción económica que mitigue la situación económica desmedrada del demandante⁶².

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

El ministro de Justicia señor Gómez expresó que en su opinión, no deben existir alimentos después del divorcio, y que no tiene objeciones en que se opte por una indemnización de perjuicios⁶³.

Para el Senador señor Romero, esta es una institución poco clara, no sólo en cuanto a su naturaleza jurídica, sino también en cuanto a los efectos que producirá en la práctica. En su opinión, se trata de una indemnización de perjuicios, por lo que no se justifica aplicar los apremios físicos⁶⁴.

La Corte de Apelaciones de Rancagua ha estimado que “respecto de la compensación económica, hay que dejar asentado desde luego que ella no tiene carácter alimenticio que pretende la actora reconvenional, sino netamente indemnizatorio, por lo menos para efectos de establecer su procedencia, entrando a jugar sólo después de ello las consideraciones más próximas a la naturaleza alimenticia, para regular su monto”⁶⁵.

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

Así, para Encarna Roca “la afirmación de que se trata de un resarcimiento por concurrencia de un daño objetivo producida por la ruptura no debe llevar a entender

⁶² DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, Revista Actualidad Jurídica, año VII, N° 15, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, 2007, Santiago, Chile, p. 89.

⁶³ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 590.

⁶⁴ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 602.

⁶⁵ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, de fecha 16 de mayo de 2006, causa Rol 1603-2005.

que mi opinión es que la pensión tiene la naturaleza de responsabilidad civil; en definitiva, no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo que constituye su supuesto de hecho viene caracterizado por consistir en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio. No se trata pues de prevenir necesidades futuras: el artículo 100 CC lo impide, sino que se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio”⁶⁶.

Concluye la misma autora que “constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio; mientras era eficaz, el matrimonio enmascara esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, las pérdidas se manifiestan con toda su crudeza y por ello debe existir compensación”⁶⁷.

Luis Zarraluqui señala que “la pensión del artículo 97 es indemnizatoria, que por la extensión de la reparación, no igualatoria, tiene un carácter compensatorio. Confirma este aspecto vagamente reparador, pero aritméticamente neutralizador del daño –desequilibrio- el que la cuantificación se realice mediante la utilización de circunstancias y parámetros, no incluidos en el desequilibrio. Sin embargo, la aleatoriedad de la cuantificación de la indemnización en la pensión indefinida; la posibilidad de extinguirse cuando el deudor venga a peor fortuna; la transmisión condicionada de la deuda mortis causa; la cesación del derecho por matrimonio o convivencia, son, todos ellos, elementos que contradicen la naturaleza indemnizatoria, compensatoria o reparadora de la pensión. La conclusión es un puro desconcierto. Me inclino por defender que es predominantemente indemnizatoria por compensación, aproximada y aleatoria, del daño, pero falta de todo rigor normativo”⁶⁸.

Según Luis Díez- Picazo y Antonio Gullón, señalan al respecto que “en definitiva, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las

⁶⁶ ROCA TRÍAS, Encarna. Familia y cambio social (De la casa a la persona), op. cit., p. 147.

⁶⁷ ROCA TRÍAS, Encarna. Familia y cambio social (De la casa a la persona), op. cit., p. 187.

⁶⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit., p. 129.

necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicas”⁶⁹.

Para Teresa Marín, “la proyección indemnizatoria destacada por un sector de la doctrina (Vásquez Iruzubieta, Fosar Benlloch, Díez-Picazo y Roca Trías), cada vez viene siendo acogida en mayor medida por los tribunales”. Cita, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 18 de noviembre de 1995, que indica “como se puede apreciar, la proyección indemnizatoria es compatible con la no vinculación con la responsabilidad por culpa, funcionando como resarcimiento o indemnización a favor del más perjudicado económicamente por las crisis matrimoniales”⁷⁰.

La nueva regulación (Ley 15/2005) de la compensación acentúa el carácter de indemnizatorio de la vieja pensión compensatoria, aunque no se habla propiamente de indemnización y aunque ello se haga para evitar que la misma se refiera a la idea de culpa. Concebidos la separación o el divorcio sin referencia alguna a la culpa de uno de los cónyuges, la indemnización-compensación tampoco podría referirse a esa culpa y por ello se elude el primer término y se usa el segundo⁷¹.

En la jurisprudencia se puede citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de marzo de 1999, que señala “en consecuencia la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes o antagónicos sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión que estudiamos será preciso en primer lugar una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o divorcio y en segundo lugar que el cónyuge en peor situación tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto en cuestión”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 1 de octubre de 1998, señala que “la pensión compensatoria, recogida en el art. 97 del Código Civil, es una medida no de índole o carácter alimenticio, sino de naturaleza reparadora tendente

⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil, derecho de familia, v. 4, Tecnos, 10ª ed. Madrid, 2006, p. 125.

⁷⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. Soluciones económicas en las situaciones de crisis matrimonial: la temporalidad de la pensión compensatoria en España, El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 97.

⁷¹ MONTERO AROCA, Juan. Separación y divorcio, tras la Ley 15/2005, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 204.

a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan causar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con la que conserve el otro...”

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

En Francia, para Huet-Weiller la prestación compensatoria tiene fundamento indemnizatorio, aunque la idea de compensación sobre la que descansa, no elimina su aspecto alimenticio⁷².

En el mismo sentido, Weil y Terre destacan que aun teniendo la pensión un cierto carácter alimenticio, al tenerse en cuenta en su fijación los recursos y necesidades de las partes se observa que persigue reequilibrar la situación de los cónyuges constatándose también un fundamento indemnizatorio o compensatorio por las consecuencias pecuniarias del divorcio⁷³.

Por tanto, en la prestación compensatoria se da una idea de reparación de un perjuicio creado por la ruptura matrimonial, pero también una voluntad de restablecer en lo posible las condiciones económicas de los cónyuges.

3.3. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Otra hipótesis plantea que se trata de un enriquecimiento injusto o como se conoce en la doctrina un enriquecimiento sin causa. Su clásica o tradicional concepción, requiere por una parte que exista enriquecimiento de una de las partes a costa del correlativo empobrecimiento de la otra, no mediando causa que lo justifique, o de existir, sea injusta o ilegítima; y, por otra parte, no debe existir una acción específica que proteja esta situación. Concurriendo los supuestos anteriores, se hace procedente la *actio de in rem verso*, para obtener con ella la restitución de lo injustamente pagado.

⁷² LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, op. cit., p. 103.

⁷³ WEIL, A. y TERRE, F. Droit civil, les personnes, Dalloz, Paris, 1983, p. 103.

Carlos Pizarro ha entendido que “el pago de la compensación económica se justifica en la pérdida del cónyuge beneficiario de un estándar de vida al cual accedía durante la vida conyugal al haberse dedicado a la crianza de los hijos o las tareas del hogar. El trabajo desempeñado por el cónyuge beneficiario significó un enriquecimiento del cónyuge deudor, puesto que este último gozaba de un beneficio en su nivel de vida en razón del sacrificio del otro cónyuge. La voz “enriquecimiento” corresponde entenderla no sólo como el incremento patrimonial sino que comprende, también, la exclusión de un pasivo en el patrimonio del enriquecido. Por lo mismo, el empobrecimiento del cónyuge beneficiario puede consistir en una merma económica o en la ausencia de ingresos a su patrimonio”⁷⁴.

La profesora Paulina Veloso, por su parte, señaló en el seno de la Comisión Legislativa, que tanto en España como en Suiza existen instituciones similares y que la jurisprudencia de aquellos países ha invocado el enriquecimiento sin causa a efectos de determinar su naturaleza jurídica; se estima que la mujer no se pudo incorporar plenamente al mercado laboral y el divorcio le genera un empobrecimiento respecto de las expectativas que tenía de casada. Es un enriquecimiento sin causa, atendido a que uno de los cónyuges se desarrolló a costa del otro que se dedicó al cuidado del hogar y de los hijos⁷⁵.

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

⁷⁴ PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena, op. cit., p. 90.

⁷⁵ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 602.

de la convivencia, momento en el que a juicio del Tribunal hay que situarse para apreciar la existencia o no de menoscabo”.

Según Zarraluqui, en España, es cierto que existen casos de ruptura conyugal en que podría aplicarse esta doctrina por concurrir los requisitos antes mencionados, pero la realidad es que en otras muchas, en que la separación o el divorcio causan un desequilibrio en uno de los esposos, no existe tal enriquecimiento por parte del deudor, ni empobrecimiento del acreedor, ni relación de causa a efecto requerida por la jurisprudencia para su aplicación⁷⁶.

3.4. MIXTAS O COMPUESTAS.

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

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

El profesor Eduardo Court señala “que, en principio, podríamos sostener que la compensación económica constituye una verdadera indemnización de perjuicios, fundada en el principio de enriquecimiento sin causa, en especial, si se otorga al cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o sólo pudo hacerlo en menor medida de lo que podía y quería, en cuyo caso se tomará particularmente en cuenta la duración de la vida en común de los cónyuges.

Sin embargo, si la compensación se concede a un cónyuge únicamente en atención a su edad, a su estado de salud o a su situación previsional, ésta tendrá más bien un carácter meramente asistencial.

⁷⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit., p. 79.

Por último, si se otorga atendiendo a la mala situación patrimonial del cónyuge beneficiario o su baja calificación (sic) profesional o a sus pocas posibilidades de acceder al mercado laboral, la compensación tendrá un marcado carácter alimenticio”⁷⁷.

También se ha planteado que tendría una naturaleza funcional, el profesor Mauricio Tapia expresó que “la compensación económica es –como todas las instituciones vinculadas al matrimonio- funcional a las formas de relación de cada pareja y a las diversas realidades que siguen a la ruptura. Por esto, las normas de la ley sólo son en apariencia contradictoria, pues la naturaleza de la compensación económica es directamente funcional al modelo de relación que antecedió la ruptura, al “sendero” que siguió la pareja”⁷⁸.

También en España, se han planteado estas respuestas, así según Carlos Lalana “la naturaleza de la pensión por desequilibrio es compuesta. Su componente predominante, aunque no exclusivo, es el compensatorio al ser elemento esencial en la concesión de la pensión la situación posterior a la separación o divorcio, en comparación con la existente constante matrimonio...Pero también el componente asistencial es claro cuando se trata de pensión por desequilibrio económico concedida en proceso de separación, ya que pervive el deber de socorro mutuo entre los cónyuges y en este caso, debe entenderse que la pensión por desequilibrio económico engloba los alimentos del cónyuge. Además si queremos lograr adecuada comprensión de la institución, tampoco podemos olvidar que la pensión se encuadra dentro del Derecho de Familia”⁷⁹.

Lo que ha sido acogido por alguna jurisprudencia, como la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de fecha 10 de Abril de 1987, que señala “...la pensión no tiene una naturaleza ni alimentaria ni indemnizatoria, aunque se valoren

⁷⁷ COURT MURASSO, Eduardo. Nueva ley de matrimonio civil, Ley 19.947 de 2004, analizada y comentada, Legis Chile S.A., Bogotá, 2004, pp. 92 y 93.

⁷⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Entrevista sobre el tema en La Semana Jurídica, p. 4. En mismo sentido, CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, causa Rol 1161-2005 y Rol 225-2006. las que señalan “la compensación económica es funcional a las formas de relación de pareja o modelos de familia y a las diversas realidades que siguen a la ruptura”.

⁷⁹ LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, op. cit., pp. 32 a 34.

circunstancias que tengan ese carácter...sino un carácter mixto o híbrido asistencial, resarcitorio y compensatorio, primando una u otra faceta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso concreto...”

3.5. INSTITUCIÓN SUI GENERIS.

Las profesoras Paulina Veloso y Maricruz Gómez de La Torre⁸⁰, estiman que se trata de una institución sui generis que presenta sólo cierta cercanía con instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización de perjuicios o la restitución por enriquecimiento sin causa.

En efecto, se puede considerar como alimentos en cuanto su determinación se tiene en cuenta, en cierta medida las necesidades del acreedor y las facultades del deudor; de otra parte en el evento que se establezca el pago en cuotas periódicas, para el efecto del cumplimiento, se le asimila a los alimentos, según expresa disposición legal, art. 66 NLMC.

Pero no constituye alimentos, en cuanto la causa de la figura radica en las circunstancias del art. 61 NLMC y no en el estado de necesidad. Los alimentos se justifican derivados de la obligación de socorro presente en el matrimonio; la compensación supone el término del vínculo. Además, lo que es muy relevante, no admite modificación en caso que varíen las circunstancias. En los países cuya legislación se ha citado, en cambio, es modificable; y termina con las nuevas nupcias o convivencia estable del cónyuge beneficiario. No es así en la legislación nacional. Se agrega que en Chile excepcionalmente constituye una pensión periódica; no así en el derecho comparado, en que es frecuente que se considere como pensión, con la periodicidad de los alimentos.

De otra parte, se asemeja a la indemnización de perjuicios en la medida que se define como una compensación por el menoscabo, esto es, en otras palabras, una indemnización por el daño. A su vez, el hecho generador del daño es un elemento

⁸⁰ VELOSO VALENZUELA, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica, op. cit., pp.186 y 187, en el mismo sentido, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, op. cit., p. 9.

normalmente voluntario de la pareja, consistente en la decisión de ambos (o de uno con el acuerdo tácito del otro) de asumir las tareas del hogar y no incorporarse al mercado de trabajo o hacerlo en menor medida, decisión que genera daño en el futuro.

Obsta, en cambio, a la idea de responsabilidad las circunstancias de que no supone culpa.

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

Pablo Rodríguez, ha sostenido que “se trata, creemos nosotros, de un derecho sui generis que es consecuencia directa e inmediata del divorcio o la nulidad del matrimonio y que debe reclamarse con ocasión de la acción deducida y no después de decretado una u otra cosa”⁸¹.

Por su parte Carmen Domínguez, concluye que “en cuanto a su régimen nos parece que, desde luego, no pertenece propiamente a la reparación a que apunta la responsabilidad civil y, por ende, no cabe aplicar supletoriamente el régimen común de los daños. Ello resulta evidente si se tiene presente que los requisitos que se exigen para su procedencia no son los comunes a toda acción resarcitoria. Se rige, por tanto, por las normas que la regulan en la ley y es, a partir de ellas, que la doctrina y jurisprudencia tendrán que ir configurando los principios que la disciplinan”⁸².

⁸¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Ley de matrimonio civil [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005]

⁸² DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, op. cit., p. 12, en igual sentido, LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Compensación económica en la nulidad y el divorcio, Librotecnia, Santiago, Chile, 2006, p. 88. Y PRADO LOPEZ, Pamela. Repercusiones económicas en la crisis matrimonial, Revista Escuela de Derecho, Universidad del Mar, Valparaíso, 2005, pp.138 y 139.

3.6. REFLEXIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA.

Lo primero, es descartar por completo la tesis de la naturaleza alimenticia, como se ha expresado, ya en las actas del Congreso Nacional aparece expresamente excluida tal posibilidad, además el fundamento de la obligación alimenticia es el estado de necesidad del alimentario, es decir, el bien jurídico protegido es el derecho a la vida⁸³, en cambio, la causa de la compensación es el menoscabo sufrido producto de no haber realizado una actividad remunerada, y además, una vez decretado el divorcio o la nulidad, no existe título para exigir alimentos. Y porque expresamente el art. 60 NLMC pone fin a las obligaciones de carácter patrimonial, como el derecho de alimentos. En otros aspectos nos remitimos a lo ya señalado.

En cuanto, al enriquecimiento sin causa, hay que distinguir si la referencia es al principio o se considera como fuente de las obligaciones. Así, se puede definir como el principio consistente en que el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique, y en cuanto a fuente de las obligaciones, consiste en una atribución patrimonial sin una justificación que la explique, constatado, se impone la obligación de restituir⁸⁴.

De forma tal que considerado como fuente de las obligaciones, los presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa son: enriquecimiento de un sujeto, empobrecimiento de otro, correlatividad entre ambos y ausencia de causa del enriquecimiento. Algunos agregan la inexistencia de una acción nominada y que no se viole texto legal expreso. Modernamente, algunos sólo exigen enriquecimiento y ausencia de causa justificada⁸⁵.

En este sentido la actio in rem verso, para obtener la restitución, es subsidiaria, es la última vía para hacer justicia cuando el derecho positivo no contempla un medio específico para compensar un empobrecimiento injusto⁸⁶. Lo que a nuestro juicio

⁸³ LEPIN MOLINA, Cristián. Incumplimiento de la obligación alimenticia, La Semana Jurídica, N° 341, 21 a 27 de mayo, Santiago, Chile, 2007, pp. 6 y 7.

⁸⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. El enriquecimiento sin causa, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 2, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1996, pp. 72 y 73.

⁸⁵ CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena, Revista Chilena de Derecho Privado, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 3, 2004, Santiago, Chile, p. 15.

⁸⁶ CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena, op. cit., p. 18.

excluye esta alternativa, pues la Ley de Matrimonio Civil regula expresamente una acción, la de compensación económica, para obtener la reparación del menoscabo económico sufrido.

Esta postura sólo podría defenderse según Encarna Roca, si concurrieran las características que la jurisprudencia atribuye a este principio para que se pueda reclamar en base al mismo y, salvo en aquellos claramente identificados en el artículo 41 CF⁸⁷, difícilmente se puede argumentar diciendo que los papeles sociales que se atribuyen a cada cónyuge en el matrimonio y que son asumidos voluntariamente en sus relaciones internas y externas, producen un enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a costa del otro. Esto es posible argumentarlo en las relaciones de hecho⁸⁸.

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

Luego, parece ser mayoritaria la posición doctrinaria que concibe a esta institución como una indemnización de perjuicios, la que según sabemos puede provenir de una responsabilidad subjetiva, sea esta contractual o extracontractual, o, por una responsabilidad objetiva.

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

Descartada esta especie, y siguiendo los planteamientos de la doctrina, procede analizar qué sucede con la responsabilidad objetiva o por riesgo creado, que

⁸⁷ Se refiere al Código de Familia de Cataluña.

⁸⁸ ROCA TRÍAS, Encarna. Familia y cambio social (De la casa a la persona), op. cit., p. 186.

prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido⁸⁹.

Es aquella que el legislador reserva para aquellos casos donde una de las partes es la que crea el riesgo, por lo que debe indemnizar prescindiendo de determinar si su actividad estuvo movida por dolo o culpa, así por ejemplo, el dueño de una empresa es responsable por los accidentes que sufran sus trabajadores, como el dueño de un vehículo, lo es por los daños que ocasione en otros vehículos o en las personas. De este modo, cabe preguntarse ¿el matrimonio es una actividad que genere riesgos? ¿quién crea los riesgos? cabe decir que toda actividad humana genera riesgos, pero para que actúe el derecho, estos riesgos a lo menos deben encontrarse revestidos de una importancia, trascendencia y envergadura tal, que se haga necesaria e imperiosa la intervención.

Importante es determinar quién genera el riesgo, y es en este punto, donde debemos necesariamente concluir que, son ambos los que libre y espontáneamente decidieron contraer matrimonio, por lo que no se justifica que la responsabilidad, en este sentido a lo menos, recaiga sólo sobre uno sólo de ellos.

La profesora Maricruz Gómez de La Torre, señala que el hecho generador del daño es un elemento voluntario de la pareja, decidido por ambos o por uno de ellos con el acuerdo tácito del otro cónyuge de dedicarse al cuidado de los hijos y/o a las tareas del hogar común y no trabajar remuneradamente o hacerlo en menor medida, decisión que provoca el menoscabo futuro⁹⁰.

La responsabilidad objetiva se centra en el daño; en cambio, el enriquecimiento es la clave, el elemento que no puede faltar, en el enriquecimiento sin causa. Además, la responsabilidad objetiva en Derecho Privado, necesita texto expreso dado su carácter excepcional; en cambio, el enriquecimiento sin causa se aplica, precisamente, en ausencia de texto⁹¹.

⁸⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno, op. cit., p. 69.

⁹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, op. cit., p. 8.

⁹¹ CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena, op. cit., p. 20.

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

Así, el jurista español Luis Zarraluqui señala, “en este progreso, no sólo se incorpora a la doctrina y a la legislación sobre el Derecho de Daños, el concepto de responsabilidad objetiva, fundamentada en el riesgo, en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor, navegación aérea o energía nuclear, sino también, a otros sectores, como los aprovechamientos cinegéticos y el ejercicio de la caza, en los que esta presente también el elemento peligrosidad. Pero hay todavía más. Se ha ampliado este criterio de responsabilidad objetiva teniendo en cuenta otros factores, diferentes del riesgo, como es la protección de la confianza, la justicia distributiva y otras que semejantes de matiz social. Así se ha incorporado a esta incorporación de responsabilidad, sectores como el de las leyes protectoras de consumidores y usuarios, las relativas a productos defectuosos o la prestación de servicios alimenticios, farmacéuticos, sanitarios y para niños”⁹².

La razón de aplicar a la protección de consumidores y usuarios una normativa de responsabilidad objetiva va más allá de la existencia de riesgo, que justifica materias como los vehículos de motor, aeronaves o la energía nuclear o, incluso, la caza. Se trata de una amparo singular por la situación de indefensión o debilidad en que el consumidor se encuentra frente al productor. La justificación es bien diferente. En estos últimos supuestos se trata de la protección del débil frente al fuerte, al inerme frente al que tiene fuerza, al que tiene menos medios frente al que tiene más. En suma, se trata de una fundamentación basada en la equidad⁹³.

Así pues, la responsabilidad por daños, además de su base contractual, cuando se entra en el área de la extracontractual, tiene una primera justificación en el dolo; y una segunda en la culpa o negligencia. Más allá de estas fundamentaciones, la

⁹² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit., p. 90.

⁹³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit., p. 91.

responsabilidad puede ser objetiva como consecuencia de la actividad del agente, que entraña riesgos singulares. Pero todavía hay una que nace de otros orígenes –la protección al más débil o al que padece el mayor daño- por razones de orden moral o social, que han de estar basados en la equidad⁹⁴.

Por todo lo expuesto nos parece que la naturaleza jurídica de la compensación económica es lo que en la doctrina se denomina responsabilidad legal o sin culpa (especie de responsabilidad objetiva), que según Alessandri, es aquella que deriva exclusivamente de la ley. Se llama también *sin culpa*, porque existe aunque de parte del sujeto no haya habido la más mínima culpa y provenga de hechos lícitos o permitidos por la autoridad⁹⁵.

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

Creemos que este derecho conjuga, precisamente la evolución que ha tenido por una parte, el derecho de familia, y específicamente el divorcio, desde una sanción derivada de un juicio de reproche a criterios objetivos, tanto, en sus causales como en la reparación de los daños ocasionados, y por otra, la evolución del derecho de daños, que en términos muy similares, ha variado su enfoque inicial derivado del elemento subjetivo culpa o dolo, a la reparación de todo daño.

Se trata de reparar o resarcir el costo de oportunidad laboral, lo que en este derecho, se desprende al incorporar como requisito de procedencia en el art. 61, el no haber realizado actividad remunerada o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería, y también de los criterios establecidos en el artículo 62, ya que a nuestro juicio si uno de los cónyuges realizó actividad remunerada difícilmente puede acreditar un menoscabo económico, y la pérdida del estatuto protector del matrimonio, que constante el matrimonio, oculta o disfraza, dicho daño.

⁹⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit., p. 91.

⁹⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno, op. cit., p. 73.

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

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

Podríamos para terminar señalar que estimamos que no se trata de una simple obligación legal, aunque tiene el mismo origen, ya que, media entre las partes un contrato, el de matrimonio, que según se desprende de su definición en el art. 102 CC, es indisoluble y para toda la vida, y además porque su objeto es compensar o resarcir un menoscabo económico (art. 61 NLMC).

4. QUANTUM.

El monto o quantum de la compensación, resulta todo un desafío, por lo que cobra vigencia lo expuesto sobre la naturaleza jurídica, en el sentido si se estima indemnizatoria por lucro cesante, por pérdida de una oportunidad, o por compensación.

Nos parece que la reparación del lucro cesante causado, a más de injusta, resulta ilusoria. El estimar que un cónyuge dejó de percibir, por ejemplo, el sueldo mínimo \$ 159.000⁹⁶ pesos mensuales, por doce meses y por veinte años, da como resultado \$ 38.160.000 pesos, si agregamos que el obligado al pago, es un trabajador que gana el ingreso mínimo, resulta claramente imposible de cumplir dicha obligación⁹⁷.

⁹⁶ Ley N° 20.279, artículo 1°, inc. 1°: *“Elévase, a contar del 1 de julio de 2008, de \$144.000 a \$159.000 el monto del ingreso mínimo mensual para los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad”.*

⁹⁷ Así parece entenderlo la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, en sentencia de fecha 7 de agosto de 2006, en causa Rol 1451-2006, que señala “que, así precisado en fundamento y contenido de la prestación compensatoria, la sentencia de primer grado hace una recta aplicación de la ley al reconocer el derecho impetrado por la actora, pues, no se pretende reparar exactamente un lucro cesante, lo que se ha

Ello en términos prácticos, ya que en términos estrictamente jurídico el daño debe ser cierto y no meramente hipotético o eventual. La certidumbre dice relación con su existencia, y claramente, aun cuando una persona tenga cualificación profesional nada permite asegurar que podría haber trabajado durante el matrimonio⁹⁸, y mucho menos cuanto sería el monto de sus ingresos, por otra parte, el lucro cesante es un daño futuro, y no como ocurre en la especie, donde se mira al pasado.

Sin embargo, en algunas sentencias se ha utilizado este sistema para determinar la cuantía de la prestación⁹⁹, con la consecuencia ya señalada de establecer cantidades un tanto exageradas, lo que por lo señalado no compartimos.

dejado de obtener a consecuencia de haberse dedicado al cuidado de la familia, sino la oportunidad de obtener, lo que es distinto.”

⁹⁸ “La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, circunstancias ambas en íntima relación exigen capacidades casi proféticas o adivinatorias al juez, pues, en los tiempos que corren, por muy cualificado profesionalmente que esté el acreedor de la pensión, la aleatoriedad de acceso a un empleo es más que probable”. Así SAURA ALBERDI, Beatriz. La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

⁹⁹ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 26 de Enero de 2007, en causa Rol 676-2006. señala “que para determinar la cuantía de la compensación se tomará como referente una suma similar a lo que en la actualidad percibe la solicitante mensualmente, esto es, de \$ 400.000, menos cotizaciones previsionales que para estos efectos estimaremos sólo en un 13%, lo que arroja un monto de \$348.000. Lo anterior, por entender que si la actora puede generar ingresos por ese valor, en la actualidad, a los 61 años y sin ninguna capacitación especial, es perfectamente razonable suponer que habría estado en condiciones de producir, a lo menos, ese mismo ingreso, durante los 24 años de convivencia. Por otra parte, si ello hubiera sido así, la solicitante habría tenido oportunidad de cotizar en el sistema previsional, acumulando a esta fecha un capital sobre la base del cual se calcularía su pensión de vejez. En consecuencia, a lo anterior se agregará la cantidad que resulte de calcular el 13% de \$ 400.000 (tasa de cotización estimada) durante el período de 24 años. Se tiene presente, en todo caso, que el matrimonio estaba casado bajo el régimen de sociedad conyugal, por lo que el trabajo de la mujer habría dado lugar a un patrimonio reservado (artículo 150 del Código Civil), que podemos estimar debió colacionarse al haber social al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, verificada en 1982, toda vez que la situación económica del matrimonio a esa fecha no habría ameritado, razonablemente, que la cónyuge hubiera renunciado a sus ganancias. Así las cosas, los cálculos anteriores dan el siguiente resultado: a) Ganancias que podría haber generado la solicitante entre los años 1966 y 1982 (fecha en que se liquidó la sociedad conyugal) resultan de multiplicar \$348.000 por 192 meses: \$ 66.816.000; b) Liquidación de la sociedad conyugal en el año 1982, supone que dichas ganancias se dividen en mitades, correspondiéndole a cada cónyuge una

Claramente este no es el sentido de la norma, si se tiene en cuenta que tratándose de matrimonios que han permanecido juntos por varias décadas, las cantidades o montos indemnizatorios serán tan altos como imposibles de cancelar para los deudores, lo que en la práctica, llevaría al incumplimiento generalizado de la norma, por no corresponder ella a la realidad social que regula, estableciendo cargas demasiado gravosas para uno de los cónyuges.

Lo que es un contrasentido, si se tiene presente, que la ley no puede proteger a uno de los cónyuges (el más débil), en abierto perjuicio del otro, de lo contrario estaría contradiciendo un principio expresamente consagrado como el de protección al cónyuge más débil (art. 3 NLMC), que debe ser igualmente considerado, aquel que obliga a establecer relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro, principio que por lo demás, aparece en el primer proyecto legislativo presentado en el año 1995, en el art. 63, y, en la actual Ley N° 19.947, se encuentra consagrado en los artículos 3, 27 y 55.

En definitiva, el quantum estará determinado por el sacrificio personal del cónyuge beneficiario en pro de la familia común y en directo desmedro de su situación laboral (pérdida de una oportunidad), la que al decretarse el divorcio o la nulidad se hará patente, principalmente por la pérdida de todos los derechos patrimoniales que se funden en la existencia del matrimonio (estatuto protector del matrimonio).

Dicha cantidad debe, en principio, ser moderada a satisfacción del cónyuge acreedor¹⁰⁰ (en este sentido similar a la cuantificación del daño moral), respondiendo su determinación a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad¹⁰¹ que la hagan compatible con la subsistencia de la vida familiar después de la ruptura. Lo anterior, en

suma de \$33.408.000; c) Ingresos posteriores a 1982 y hasta 1990, debieron quedar íntegramente en el patrimonio de la solicitante, al comenzar a regir la separación de bienes como régimen matrimonial, lo que significa \$348.000 por 96 meses: \$33.408.000; d) Cotización estimada de 13% sobre una remuneración de \$400.000, por espacio de 288 meses: \$14.976.000. En consecuencia, los cálculos anteriores permiten estimar, prudencialmente, el monto de la compensación económica solicitada, en una suma de \$ 81.792.000”.

¹⁰⁰ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, op. cit., p. 89.

¹⁰¹ VELOSO VALENZUELA, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica, op. cit., pp. 182 y 183.

el entendido que a pesar de la vida separada de los cónyuges, la familia subsiste, y se debe velar por el bienestar de cada uno de sus integrantes.

CAPÍTULO III

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

1. OPORTUNIDAD PARA SOLICITARLA.

La oportunidad para solicitarla está consagrada en el art. 64 inciso final de la NLMC, de cuyo texto se colige que es procedente solicitarla: en la demanda, en un escrito complementario de la demanda, o en la reconvencción.

Se puede afirmar entonces que el demandante tiene dos opciones, solicitarla en la demanda o en escrito complementario de ella, y el demandado sólo en la reconvencción.

De lo expuesto, se puede afirmar que la compensación se puede ejercer por vía de acción, solicitándola expresamente y señalando cuál es el menoscabo sufrido por aquella parte que la alega, cumplimiento, además, cada uno de los requisitos exigidos por la ley para su procedencia, en el art. 61 NLMC.

La primera duda que plantea el art. 64, dice relación con el denominado escrito complementario de la demanda, por aplicación analógica de las normas del Código de Procedimiento Civil, especialmente del art. 261, podríamos considerar este escrito como ampliación de la demanda, la que estando notificada, se deberá considerar como una nueva demanda para los efectos de su notificación.

Será necesario, por tanto, que se respete el plazo de 15 días de antelación para la notificación de la audiencia preparatoria, por aplicación del art. 59 inc. 2° Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia¹⁰² y los principios de bilateralidad de la audiencia y de buena fe procesal.

El demandado podrá ejercer su acción como demanda reconvenccional. En ese caso deberá hacerlo por escrito, conjuntamente con la contestación de la demanda, a más tardar con cinco días de antelación a la celebración de la audiencia preparatoria, o también puede optar por contestar y reconvenir oralmente, en casos calificados, y por resolución fundada en que el juez lo autorice, de todo lo cual se levantará acta de

¹⁰² En adelante LTF.

inmediato, respetando los plazos legales y asegurando llegue oportunamente a conocimiento de la otra parte¹⁰³.

Resulta claro que en caso de reconvenición debe realizarse en el plazo de cinco días antes de la audiencia preparatoria, por lo que si las partes no ejercen esta acción en la oportunidad procesal correspondiente, precluye su derecho a solicitarlo.

De no solicitarse la compensación en la demanda, se establece la obligación para el juez de informar a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia de preparatoria¹⁰⁴.

Relacionando lo anterior, se podría dar el caso que el juez en la audiencia preparatoria informe a las partes sobre el derecho a demandar compensación, estando obviamente ya notificado el demandado y que este haya contestado por escrito antes de la audiencia, de modo que podría resultar dudosa la aplicación del art. 261 CPC, dado que esta disposición exige que la ampliación se realice antes de la contestación de la demanda. Creemos que la respuesta debe ser suspender la audiencia y permitir ejercer la acción y conceder al demandado el plazo para contestar o reconvenir, de forma de no dejarlo en la indefensión.

Esta interpretación nos parece coherente con lo dispuesto en el art. 64 inc. 2° NLMC, en su nueva redacción, ya que, de lo contrario la norma carecería absolutamente de sentido y no tendría ninguna aplicación, por lo demás, se podría complementar con el principio de protección al cónyuge más débil (art. 3 NLMC), para fundamentar la decisión.

¹⁰³ Todo ello de acuerdo a las nuevas disposiciones de la Ley N° 20.286, de fecha 15 de septiembre de 2008, que modificó la Ley N° 19.968, Crea Tribunales de Familia.

¹⁰⁴ En sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, causa Rol 372-2006, se ha resuelto “que el artículo 64 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, exige al juez, cuando las partes no solicitan la compensación económica, regulada en los artículos 61 y siguientes de la ley, informar a los cónyuges de la existencia de este derecho durante la audiencia de conciliación, obligación que fue omitida, según se desprende en la reseña precedente, lo que constituye una falta de diligencia esencial, subsanable sólo con la nulidad de la sentencia, porque el perjuicio ocasionado no puede repararse por otra vía, según lo disponen los artículos 768 N° 9, 775 inciso primero y 795 del Código de Procedimiento Civil. En el mismo sentido, sentencia de fecha 12 de abril de 2006 CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA en causa Rol 52-2006.

2. CASOS EN LOS QUE PROCEDE.

La compensación económica procede, según lo prescrito en el artículo 61 NLMC, en los casos de nulidad y de divorcio, excluyéndose el caso de separación judicial, sin perjuicio que el artículo citado se encuentra ubicado en el Capítulo VII, de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, bajo el epígrafe “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”.

La Comisión desechó la incorporación de la compensación en los casos de separación judicial, porque en su caso subsiste el matrimonio y precisamente por ello no puede contraerse uno nuevo. 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 separación¹⁰⁵.

Para Javier Barrientos “supuesta la naturaleza esencialmente resarcitoria, y no alimenticia o asistencial, de la compensación económica, no pareciera coherente haber negado su procedencia en los casos de separación judicial, sin perjuicio, evidentemente, de que si luego se decretare el divorcio no hubiera allí nuevo derecho a exigirla”¹⁰⁶.

¿Qué sucede si en un acuerdo completo y suficiente, en los casos de separación, se regula una compensación económica? Ello teniendo en consideración lo dispuesto en el art. 27 de la NLMC¹⁰⁷ que señala que el acuerdo se entenderá

¹⁰⁵ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 599.

¹⁰⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno, op. cit., p. 422.

¹⁰⁷ Ley N° 19.947, artículo 27: “Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en

suficiente si “...**procura aminorar el menoscabo económico** que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

De lo dicho podríamos entender que es posible regular una compensación económica en sede de separación judicial, pero el art. 61 NLMC, lo excluye expresamente, al señalar “...*cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio...*”.

Por lo señalado tendríamos que concluir que cualquier indemnización o compensación que se regule, en esta sede, es una mera liberalidad, que podría corresponder a una donación y que por cierto, queda sujeta a los requisitos legales pertinentes.

En cuanto a los casos de nulidad, sin perjuicio que precisamente los efectos de ésta es retrotraer la situación de los cónyuges al estado anterior a la celebración del matrimonio, el legislador la incluyó dentro de los supuestos de procedencia de la compensación.

En primer lugar, como lo indicará el Honorable Senador Viera-Gallo, fue necesario incluir a los casos de nulidad dentro de los supuestos de compensación, ya que de lo contrario se hubiese producido el efecto de incentivar las interposiciones de demandas de nulidad a objeto de evitar con ella el pago que correspondiere por concepto de compensación¹⁰⁸.

En segundo lugar, uno de los cónyuges podría encontrarse en la misma situación que en el divorcio, es decir, cumpliendo con todos los requisitos establecidos en el art. 61 de NLMC, por lo que no existiría fundamento para negarle la posibilidad de acceder a que se le compense el menoscabo que haya sufrido por esa causa.

Tal como se señaló en el debate legislativo “si bien es cierto que, en rigor, en el caso de la nulidad no existió matrimonio, sí hubo una comunidad de vida que generó la existencia de una familia. Por eso, no debe considerarse como un caso excepcional en

*el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, **procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita**”.*

¹⁰⁸ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 591.

materia de compensaciones, sino que ha de estar incluida en el artículo que encabeza este párrafo, a fin que se hagan aplicables sus normas a ambas instituciones: el divorcio y la nulidad¹⁰⁹.

En el derecho comparado la compensación esta regulada sólo en los casos de divorcio, excepcionalmente en España, la pensión compensatoria, se aplica, también para los casos de separación¹¹⁰.

3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA.

Los requisitos de procedencia, son aquellos esenciales para el otorgamiento de este derecho, y que a nuestro juicio deben concurrir en forma copulativa, además y como resulta lógico todos ellos deben acreditarse en juicio¹¹¹, están establecidos en el art. 61 NLMC, y ellos son: sentencia firme en juicio de divorcio o nulidad de matrimonio, existencia real y efectiva de un menoscabo económico, no haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería, y la dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común:

¹⁰⁹ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 599.

¹¹⁰ Código Civil español, artículo 91: “*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...*”

¹¹¹ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 26 de septiembre de 2005, en causa Rol 5895- 2005, que señala que no se dará lugar a la compensación económica solicitada por la demandada toda vez que la solicitante no acreditó ninguno de los requisitos prescritos en los artículos 61 y 62 de la Ley N° 19.947.

3.1. SENTENCIA FIRME DE DIVORCIO O DE NULIDAD DE MATRIMONIO.

Podríamos decir que este derecho nace precisamente cuando termina el matrimonio, por lo que ejecutoriada la sentencia de divorcio o de nulidad, surge el derecho del cónyuge acreedor para exigir su cumplimiento¹¹².

En contra, la profesora Susan Turner, ha señalado que “suele citarse como primer presupuesto de la compensación económica la sentencia de divorcio o la que declara la nulidad del matrimonio. Sin embargo, la inclusión del matrimonio y de la sentencia de nulidad del matrimonio y de la sentencia de divorcio o nulidad posterior, no guarda total simetría con el resto de los presupuestos:

- Por una parte el art. 61 NLMC no lo señala. A diferencia de lo que ocurre con los demás presupuestos respecto de los cuales la ley utiliza las expresiones “como consecuencia” y “por esta causa”, respecto del matrimonio y su posterior terminación se habla de “durante” y “cuando”, es decir, términos que aluden claramente al ámbito temporal.
- Por otra parte, haciendo la comparación con la capacidad delictual en el esquema de responsabilidad extracontractual propuesto por el prof. Corral, el matrimonio y su terminación aparecen más bien como presupuestos generales de la que aquí denominaríamos “responsabilidad postmatrimonial” y no como elementos del hecho particular que se deriva esa responsabilidad”¹¹³.

Sin duda que es un requisito fundamental, tal como señalamos en el apartado que denominamos “cuestión previa”, la compensación económica nace precisamente cuando termina el matrimonio, por las causales señaladas, en este sentido la acción de compensación es dependiente de la de divorcio o nulidad de matrimonio.

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

¹¹² En España, se exige como requisito existencia de una sentencia firme de separación o divorcio, así, en LEPIN MOLINA, Cristián, La pensión compensatoria en derecho español, inédito, p. 15.

¹¹³ TURNER SAELZER, Susan. Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función, en Estudios de derecho civil, jornadas nacionales de derecho civil, LexisNexis, Valdivia, 2004, pp. 483 y 484.

regula precisamente la compensación económica, y que en el art. 61 NLMC señala que “cuando se produzca el **divorcio** o se declare la **nulidad del matrimonio**”, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa¹¹⁴.

3.2. LA EXISTENCIA REAL Y EFECTIVA DE UN MENOSCABO ECONÓMICO¹¹⁵.

La ley no define que se entiende por menoscabo económico, se limita a señalar que para determinar la existencia y cuantía se considerarán especialmente los criterios del art. 62 NLMC.

Según Vidal, de la historia del establecimiento de la ley, de los modelos de derecho comparado relevantes y de la opinión de los autores nacionales, aparece que es el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio para enfrentar sus vidas separadas en el futuro. El desequilibrio o disparidad de que se habla se manifiesta en que el cónyuge que se dedicó a la familia durante el matrimonio queda en un plano de desigualdad respecto del otro que desarrolló una actividad remunerada y que de no mediar la compensación empezará su vida separada un pie más atrás sin poder alcanzar un estatus económico autónomo adecuado al que tenía durante el matrimonio¹¹⁶.

¹¹⁴ Si bien la mayoría de la doctrina nacional analiza sólo los tres requisitos restantes, así por ejemplo, MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE, PAULINA VELOSO, CARMEN DOMÍNGUEZ, CARLOS PIZARRO, RAMÓN DOMÍNGUEZ, sólo SUSAN TURNER lo excluye expresamente, y JAVIER BARRIENTOS lo exige como condición para su procedencia, aunque sin mayor argumento.

¹¹⁵ En este sentido la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, en sentencia de fecha 10 de octubre de 2006, que señala “para que el juez declare la procedencia de la compensación económica a favor de uno de los cónyuges deben presentarse copulativamente las siguientes condiciones: terminación del matrimonio por divorcio o nulidad y existencia del menoscabo económico. Si bien está acreditado con la prueba rendida que la señora durante la vida en común no pudo desempeñar con continuidad ni estabilidad una actividad remunerada por haberse dedicado al cuidado y crianza de sus hijos, no resulta acreditado que se encuentre en una situación económica desmedrada por el término del matrimonio. Dar lugar a la compensación económica solicitada por la parte recurrente, implicaría contrariar los criterios expuestos”.

¹¹⁶ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, op. cit., p. 258.

El menoscabo económico es un desequilibrio o desventaja, que la compensación viene a corregir. En el artículo 61 se encuentra este menoscabo como uno de los requisitos de procedencia del derecho a la compensación económica, y que las circunstancias del artículo 62, que no son taxativas y que deben probarse en juicio, funcionan como complemento al artículo 61, toda vez que ellas sirven tanto para establecer la existencia del menoscabo, así como para determinar el monto a que debe ascender la compensación¹¹⁷.

Para Ramón Domínguez, “el menoscabo económico es una pérdida en cuanto a que no se obtuvo el beneficio económico que habría podido obtenerse si se hubiese trabajado. De allí que algunos hayan tratado de asemejarlo a un lucro cesante; pero en verdad no se trata de valorar matemáticamente lo que habría podido obtenerse con un trabajo. Si así fuese, se habría entonces de admitir criterios reparatorios que jamás han sido acogidos en la doctrina, ni la jurisprudencia, puesto que las ganancias probables dependen de meras posibilidades que, por lo mismo, son hipotéticas y no ciertas. Criterio semejante ha sido constantemente desestimado en la jurisprudencia por ejemplo a propósito del daño patrimonial que causa un accidente del trabajo. Se trata más bien de lo que, en la teoría del análisis económico del derecho, se denomina el costo de oportunidad, es decir, la pérdida de la oportunidad, o como dice el derecho francés en materia de indemnizaciones, la pérdida de una “chance”, es decir, la atribución de un valor económico a la posibilidad”¹¹⁸.

El menoscabo económico aparece así como el efecto producido patrimonialmente al cónyuge por no haber podido trabajar o haberlo hecho en menor medida de lo que se quería o podía¹¹⁹.

Según Javier Barrientos, el menoscabo existe, entonces, cuando se han sufrido o experimentado una serie de perjuicios que, al menos cubren los siguientes dos ámbitos: a) Lo que el cónyuge dejó de percibir o ganar, como consecuencia de no

¹¹⁷ ANDREUCCI AGUILERA, Rodrigo. El menoscabo económico y el art. 62 de la ley de matrimonio civil [en línea] <www.uvm.cl/derecho/articulosacad.shtml?cmd%5B197%5D=i-19740d365d96c6e0814bd7b203dba82de40> [visitado el 11 de julio de 2008]

¹¹⁸ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, op. cit., p. 87.

¹¹⁹ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, op. cit., p. 86.

haber desarrollado una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería. b) El perjuicio consistente en el coste de oportunidad laboral, por no haber podido prepararse y desarrollarse profesionalmente para mantener o incrementar sus posibilidades de acceso al trabajo en condiciones de mercado¹²⁰.

En cambio para Hernán Corral, lo relevante para que el juez pueda conceder el beneficio es la acreditación en el proceso de un menoscabo económico producido por el retiro del estatuto protector del matrimonio derivado del divorcio (o nulidad)¹²¹.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 29 de octubre de 2007, en causa Rol 1539- 2007, ha señalado “que conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, para que proceda la compensación económica es menester que el beneficiario hubiere sufrido un menoscabo económico durante el matrimonio, al no haber podido desarrollar una actividad lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que hubiere querido y podido, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar. Su fundamento no es, pues, el de reparar el desequilibrio patrimonial que pudo haberse producido como consecuencia de la ruptura del matrimonio, ni restablecer la igualdad entre los cónyuges, *sino resarcir el daño patrimonial* que el hecho específico del cuidado de los hijos o del hogar produjo en uno de los cónyuges al impedirle desarrollar una actividad remunerada, ya sea en forma total o parcial. Cosa distinta es que la ruptura del matrimonio sea el momento en el cual deba evaluarse el referido menoscabo producido durante el matrimonio y que, a consecuencia del resarcimiento, se alcance un mayor equilibrio patrimonial entre las partes, aunque no sea esta la causa que origina tal indemnización”.

Si bien la mayoría de los autores muestra una fuerte influencia proveniente de la doctrina española, dado el incuestionable antecedente legislativo, sin embargo, creemos que la principal similitud, son los criterios para determinar su monto. Por tanto, nos parece que la compensación en su configuración es bastante diferente, y específica, pues sólo se refiere al daño generado producto de no poder realizar actividad remunerada, y no a cualquier desequilibrio o disparidad económica.

¹²⁰ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno, op. cit., p. 425.

¹²¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio, op. cit., p. 28. SAURA ALBERDI, Beatriz. La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión, op. cit., p. 160.

De modo que estimamos que el menoscabo comprende cualquier daño, de carácter patrimonial o económico, derivado de no haber podido realizar actividad remunerada durante el matrimonio. Ello se desprende de lo expuesto en los arts. 61 y 62, que señalan expresamente “se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”, lo que excluye los daños extra patrimoniales o morales.

Se justifica resarcir este detrimento por la pérdida de la oportunidad laboral y del estatuto protector de matrimonio. Por lo mismo no procede esta prestación en sede de separación, y si en los casos de ruptura del vínculo, en que se hacen patente los daños ocasionados.

El menoscabo esta compuesto por las circunstancias establecidas en el art. 62 NLMC. Obviamente, resulta claro que siendo el elemento esencial¹²² de procedencia de la compensación, será menester acreditarlo en juicio, por lo que no compartimos la idea que se puede establecer una presunción de menoscabo¹²³ por el hecho de haberse dedicado al cuidado de los hijos y/o del hogar común y no haber realizado actividad remunerada.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 27 de Junio de 2007, en causa Rol 7207- 2006, ha señalado que “resulta indispensable para que la

¹²² Sentencia del JUZGADO DE LETRAS GARANTÍA Y FAMILIA DE CHANCO, de fecha 07 de agosto de 2006, en causa Rit 22-2006, señala expresamente que es menester establecer la existencia del “menoscabo económico”. Aunque dicha sentencia es revocada por la CORTE DE APELACIONES DE TALCA, en causa Rol 359-2006. Nos parece más acertado el criterio del Juez de Familia. En igual sentido, CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, en sentencia de fecha 17 de julio 2007, causa Rol 439- 2007, señala “que si bien se ha sostenido que sea por opción personal, sea porque las circunstancias del matrimonio se lo exigieron, la mujer siempre tiene derecho a compensación económica si se dan los otros requisitos, porque es legítimo y aún deseable para muchos matrimonios que ella permanezca en el hogar cuidando a los hijos o atendiendo a las labores propias de la familia (Ramón Domínguez A. “Actualidad Jurídica N° 15, p. 85 U. del Desarrollo), de todas maneras nada la exime de la carga de probar la concurrencia de las demás exigencias, vale decir, que estuvo en condiciones de desarrollar una actividad remunerada y que sufrió un **detrimento o menoscabo económico** por haberse dedicado total o parcialmente al hogar e hijos, siendo este último elemento el requisito esencial y la justificación de la institución y, por ende, constitutivo de requisito de la acción”.

¹²³ En este sentido, sentencia CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de 26 de enero de 2007, en causa Rol 676-2006, se expresa “...Como consecuencia de haberse dedicado completamente al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, permite presumir que se ha generado un menoscabo en su patrimonio”.

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”.

3.3. NO HABER DESARROLLADO ACTIVIDAD REMUNERADA O LUCRATIVA DURANTE EL MATRIMONIO O HABERLO HECHO EN MENOR MEDIDA DE LO QUE PODÍA Y QUERÍA¹²⁴.

Este requisito le da una fisonomía distinta a nuestra compensación económica, ya que en el derecho comparado, es sólo uno de los elementos para determinar su cuantía.

Claramente el daño o menoscabo económico debe derivar de no haber podido realizar actividad remunerada o sólo haberlo hecho parcialmente, es decir, por ejemplo media jornada o durante los primeros años de matrimonio. Lo que se traduce en la pérdida de una oportunidad, que no se restringe en este ámbito a la posibilidad de obtener ingresos mensuales y por consecuencia incrementar su patrimonio, sino a la posibilidad de obtener una pensión en el futuro o cobertura de salud, entre otros.

De manera que a diferencia de lo que ocurre en España o Francia, este derecho no se refiere a cualquier desequilibrio o disparidad de carácter económico, sino sólo al costo de oportunidad laboral.

Por otra parte, es dable considerar que el legislador emplea los términos “actividad remunerada o lucrativa”, por lo que no se restringe o limita a las actividades formales, derivadas de un contrato de trabajo o de prestación de servicios, sino a cualquier actividad que implique la generación de recursos o medios económicos.

En este sentido se ha resuelto que el obtener ingresos o rentas de sociedades comerciales, implica una actividad lucrativa¹²⁵.

¹²⁴ Se ha estimado que el hecho que una profesora no pueda realizar una jefatura de curso, implica que ha trabajado en menor medida de lo que podía y quería. Así, sentencia CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 15 de septiembre de 2005, en causa Rol 10.228-2005. criterio que no compartimos, ya que, siempre que una persona deje de percibir un beneficio o tenga una menor renta por cualquier circunstancia, podría alegar este supuesto.

Por último, en este apartado se ha planteado por algunos autores que se incluiría un elemento volitivo o de carácter subjetivo¹²⁶, sin embargo, también se ha expresado que “hace referencia precisamente al caso de aquella mujer que por dedicarse a los hijos y/o al hogar sólo tuvo un impedimento parcial para desarrollar plenamente su actividad económica. La cuestión que aquí se presenta dice relación con el empleo de la conjunción copulativa “y”, que denota la concurrencia de ambos requisitos: podía y quería. De aquí resulta que no bastaría que la mujer probase que ella tuvo disposición o voluntad para trabajar en mayor medida o tener una actividad económica más remunerada o a mayor tiempo, sino que debe probar a la vez que tenía las condiciones objetivas para esa mayor actividad. Se trata de combinar un aspecto subjetivo (quería) con uno objetivo (podía)¹²⁷.

3.4. DEDICACIÓN AL CUIDADO DE LOS HIJOS Y/O A LAS LABORES DEL HOGAR COMÚN.

Tal como se señaló en los fundamentos de la compensación, existe al establecer este requisito, un cierto reconocimiento al trabajo realizado en el hogar, a la dedicación a la familia, al cuidado de los hijos, actividad que resulta bastante ardua y que no por el hecho que no sea remunerada, es menos importante.

A nuestro juicio, la dedicación a la familia representa un enorme esfuerzo y un gran aporte al fortalecimiento de la familia y por ende de la sociedad, aunque estamos concientes que en los tiempos que corren resulta muy difícil que uno de los cónyuges

¹²⁵ Sentencia del PRIMER JUZGADO DE LETRAS DE OSORNO, de fecha 16 de septiembre de 2005, en causa Rol 34.773-D, que señala en lo pertinente “Que así las cosas, de los hechos antes asentados es posible concluir aun cuando la demandante reconventional no haya realizado alguna actividad laboral remunerada durante la convivencia conyugal, **sí desarrolló una actividad lucrativa como es la de pertenecer a una sociedad comercial** y como consecuencia de ello percibir rentas periódicamente”, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, con fecha 22 de Diciembre de 2005, causa Rol 959-2005.

¹²⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, op. cit., p. 21.

¹²⁷ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, op. cit, p. 86.

se dedique a las actividades de la casa, ya que las exigencias parecen ir en el sentido que ambos cónyuges trabajen remuneradamente.

Es este sacrificio en pro de la familia y la consecuente postergación personal, lo que justifica la reparación del daño, además, si tenemos presente que los cónyuges celebran un contrato indisoluble y para toda la vida, que representa, la incorporación de ciertos derechos indisponibles para las partes durante el matrimonio, como el de alimentos, sucesorios y de seguridad social, que se pierden con la terminación o disolución del matrimonio.

Con respecto al cuidado de los hijos y/o del hogar común, es indiferente, si en esa actividad es asistida por terceros, entiéndase servicio doméstico¹²⁸.

También se ha resuelto, que no procede la compensación económica si es el padre el que se ha quedado al cuidado de los hijos, en la causa, ambos se dedicaron durante un cierto periodo al cuidado de la prole, generándose en ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre sí, sin que puedan ser justificativas de alguna compensación¹²⁹.

¹²⁸ Así, CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, en sentencia de fecha 27 de abril de 2007, causa Rol 3147- 2006, ha señalado “se prueba que la demandante reconvenional se dedicó preferentemente al cuidado de sus hijos y tareas del hogar común conforme a la prueba testimonial de fojas 35 y siguientes apreciadas conforme a la sana crítica la que no ha sido desvirtuada por prueba en contrario, estimando que el hecho de que haya tenido una vida cómoda, auxiliada por asesora del hogar, jardinero, electricista etc. conforme lo declarado por los testigos de la demandada reconvenional, interpretando éstos, que esta ayuda domestica sería una prueba de que no resultó con detrimento económico a la data en que ambos cónyuges vivían juntos, razón que no resulta lógica para negar la compensación que se demanda; por el contrario la circunstancia de que sus cuatro hijos en la actualidad sean todos profesionales, unido a los demás antecedentes que obran en autos entre ellos vivir en un lugar donde realizaba labores agrícolas, cuidando de aves, para el sustento del hogar, hacen convicción en estos juzgadores que la demandante reconvenional sacrificó su vida personal en pro de su familia, lo que evidentemente debe ser compensando económicamente”.

¹²⁹ CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, en sentencia de fecha 11 de abril 2006, causa Rol 69-2006. señala “que si bien el razonamiento precedente insinúa la necesidad de una compensación económica en los términos del artículo 61 de la ley, para determinar su existencia también debe considerarse que a partir del año 1990, el padre ha debido obtener el sustento necesario para que los hijos puedan vivir y desarrollarse, dedicándose además al cuidado de ellos y a las labores propias del hogar, lo que sin lugar a dudas lleva a la lógica e inevitable conclusión que debido a esta múltiples funciones no ha podido desarrollarse profesionalmente para conseguir

Por último, es indiferente si el no desarrollar actividad remunerada por la dedicación a la familia, es una decisión voluntaria o impuesta¹³⁰.

4. CRITERIOS PARA DETERMINARLA.

El artículo 62 NLMC¹³¹, señala cuáles son los criterios que debe considerar el juez a efecto de determinar la procedencia y la cuantía de este derecho:

especialidades o mayores estudios que pudiesen significar un progreso en su profesión que implique un aumento de su remuneración”, agrega “ que en suma, dado que el padre ha debido preocuparse personalmente de las labores propias del hogar y del cuidado y educación de sus hijos, éste no está en una situación jurídica de pagar una compensación jurídica (sic) a la madre que despreocupó –independiente de las causas- de la educación y formación de los hijos en período importante de sus vidas, generándose en ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre sí, sin que puedan ser justificativas de alguna compensación”.

¹³⁰ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, en causa Rol 977-2005, de fecha 2 de diciembre 2005, señala “que como bien lo ha advertido el abogado recurrente, no resulta procedente negar la compensación económica solicitada teniéndose como fundamento basal lo señalado por la sentenciadora a quo, y por el propio demandado al contestar la demanda. En efecto, la atenta lectura del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, lleva a concluir, sin duda alguna, que la opción libre o voluntaria de la mujer a dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar, independientemente de las circunstancias de poder o no desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, no constituye causal legal para negar la compensación en estudio”.

¹³¹ Nótese la similitud con: Código Civil español, 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° Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2° La edad y el estado de salud.

3° Las cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo.

4° La dedicación pasada y futura a la familia.

5° La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6° La duración del matrimonio y la convivencia conyugal.

7° La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8° El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno u otro cónyuge.

9° cualquier otra circunstancia relevante.

4.1. LA DURACIÓN DEL MATRIMONIO Y DE LA VIDA EN COMÚN DE LOS CÓNYUGES.

Este criterio es considerado por la mayoría de las legislaciones, incluso, aquellas que le dan un carácter alimenticio a la prestación, como la legislación Argentina.

Nos parece que es un criterio que importa un límite temporal a la evaluación de los perjuicios, en cuanto, se podrá resarcir sólo el daño generado durante el matrimonio y ello conjugado con la duración de la convivencia.

Así parece entenderlo el legislador, dado lo dispuesto en el art. 80 de la Ley N° 20.255 sobre Reforma Previsional que permite el traspaso de hasta el 50% de “...los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados **durante el matrimonio**”.

Con el primer parámetro, no se podría compensar los daños anteriores al matrimonio, es decir, aquellos derivados de una convivencia previa, aunque sea de larga data.

Con el segundo, y en el entendido que una de las justificaciones de la compensación, es el esfuerzo o sacrificio realizado durante la vida en común,

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

Código Civil francés, artículo 271: “La prestación compensatoria se fijará según las necesidades del cónyuge a quien se pague y los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y la evolución de ésta en un futuro previsible.

En este caso, el Juez tomará en consideración particularmente:

- la duración del matrimonio;
- la edad y el estado de salud de los esposos;
- su cualificación y su situación profesionales;
- las consecuencias de las opciones profesionales tomadas por uno de los cónyuges durante su vida en común para la educación de los hijos y el tiempo que sea necesario aún consagrarles o para favorecer la carrera del cónyuge en detrimento de la suya propia.
- el patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen económico matrimonial.
- sus derechos existentes y previsibles;
- su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación;”

podríamos concluir, que no procede la reparación cuando la convivencia, es mínima, máxime si no existen hijos¹³².

Sin lugar a dudas este criterio debe analizarse por el juez en relación a otros, como la edad, la situación patrimonial o previsional, ya que por sí solo, no configura un menoscabo reparable.

4.2. LA SITUACIÓN PATRIMONIAL DE AMBOS.

Se refiere a diferencia de la obligación alimenticia, a ambos cónyuges, y debe el juez ponderar los bienes que poseen ellos, y su valor. Creemos que es una manifestación del principio de equidad, en el sentido que el juez puede regular el monto, en forma proporcional, y no, estableciendo baremos, resultado de multiplicar los años de matrimonio o de convivencia conyugal, por el ingreso mínimo, criterio propio del lucro cesante, que a nuestro juicio esta descartado.

Se ha señalado que, a este respecto el juez debe tener en cuenta los resultados de la liquidación del régimen de bienes de la sociedad conyugal o participación en los gananciales que existiere entre ellos.

Si la liquidación no ha sido hecha previamente ni es materia de la misma sentencia de divorcio, el juez debería hacer una anticipación imaginaria y aproximada de los resultados de dicha liquidación¹³³, para lo cual será necesario que las partes

¹³² Así lo han entendido en España, al respecto la Audiencia Provincial de Almería, en sentencia de 5 de julio de 1999, ha señalado “...*la existencia de ese desequilibrio exige, desde luego, cierta permanencia en la relación marital, que implique un asentamiento de las nuevas condiciones de vida, de modo y manera que **en los matrimonio de escasa duración es difícilmente sostenible la tesis del desequilibrio...***”, en igual sentido, la Audiencia Provincial de Lugo, en sentencia de 30 de noviembre de 1993, que señala “no procede la pensión compensatoria **cuando la convivencia matrimonial ha sido corta** y la desafección ha surgido entre los cónyuges, poco después del matrimonio”

¹³³ VELOSO VALENZUELA, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica, op. cit., p. 184. Así también se ha entendido en España, ver SAURA ALBERDI, Beatriz. La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión, op. cit., p. 160.

hayan aportado antecedentes sobre los bienes ingresados al régimen económico matrimonial, así como las deudas¹³⁴.

En Francia según el art. 272 CC, la determinación de la valoración de la disparidad económica se realiza en función del patrimonio estimado y previsible de los cónyuges, tanto en capital como en renta. En cambio en España, se considera de acuerdo al art. 97 CC, el caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge.

4.3. LA BUENA O MALA FE.

Es el único elemento subjetivo que debe ponderar el juez, no existe en el derecho comparado, y fue incorporado por la indicación N° 180, por los Honorables Senadores señores, Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín¹³⁵.

En este sentido el Honorable Senador señor Chadwick, señaló que esta circunstancia “está relacionada con la situación de aquel cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio y después reclama la compensación económica. En la Comisión, se estimó que esa situación incluso puede ser antinatural o extraordinariamente fuerte, porque permite que alguien que da lugar al divorcio por culpa, de conformidad a las causales contempladas en la ley, además pueda exigir compensación. Sobre el particular, la Comisión prefirió encomendar al juez la ponderación de los hechos. Y a eso se aplica la buena o mala fe”¹³⁶.

4.4. LA EDAD Y EL ESTADO DE SALUD DEL CÓNYUGE BENEFICIARIO.

La ley ordena tomar en cuenta la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario. Nuevamente aunque no se trate propiamente de una prestación alimenticia, es claro que aquí el juez debe incrementar la cuantía de la compensación

¹³⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio, op. cit., p. 31.

¹³⁵ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 1751 y 1752.

¹³⁶ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 2045.

cuando se trate de cónyuges de edad avanzada o con salud inestable o quebrantada. Se tratará de compensar en parte la pérdida del derecho de alimentos a los que habría tenido derecho el beneficiario de haber perdurado el vínculo conyugal¹³⁷.

Como señalamos anteriormente, este criterio debe ser analizado conjuntamente con la duración del matrimonio y la convivencia conyugal, por si solo, no justifica reparación.

En sentencia de fecha 25 de mayo de 2006, la Corte de Apelación de Rancagua, en causa Rol 266-2006, ha resuelto “que dentro de los límites indicados, la Corte tendrá particularmente, en cuenta, entonces, la edad de la demandante de la reconvencción, que ciertamente le dificulta, si es que no le impide, el acceso al mercado laboral, sobre todo si no consta que tenga profesión o calificación (sic) alguna al respecto; se atenderá además a su situación patrimonial, desde que no consta que ejerza actividad económica alguna, pareciendo completamente dependiente de la asistencia de su marido; y, finalmente, su situación previsional, que determina que una vez producidos los efectos del divorcio, quedará, al respecto completamente desprotegida”.

En el derecho español, la edad y el estado de salud son contemplados, de una parte, en cuanto a la capacidad de trabajo o de continuar trabajando y, de otra, en cuanto determinantes de las necesidades del acreedor y de las posibilidades del deudor¹³⁸.

4.5. SU SITUACIÓN EN MATERIA DE BENEFICIOS PREVISIONALES Y DE SALUD.

Sin duda que se refiere al cónyuge beneficiario, y como hemos planteado, constituye uno de los principales perjuicios, ocasionados por no realizar actividad remunerada.

¹³⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio, op. cit., p. 33.

¹³⁸ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit., p. 206.

En esta materia el legislador ha mostrado gran preocupación, tanto es así que la Ley N° 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008, que establece la Reforma Provisional, dedica dos artículos a la compensación económica en los casos de divorcio o nulidad¹³⁹. Dichas disposiciones entrarán en vigencia el primero de octubre de 2008, y se aplicará a los juicios de divorcio o nulidad que se inicien con posterioridad a dicha fecha¹⁴⁰.

La reforma faculta al juez para ordenar el traspaso de fondos (se entiende en propiedad) desde la cuenta de capitalización individual del cónyuge deudor a la del cónyuge acreedor, y si éste no posee una, se ordenará que se proceda a abrir una al efecto.

El límite está establecido en el 50 % de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del deudor, durante el matrimonio.

Es menester considerar que dichas normas se aplican sólo a quienes se encuentran en el sistema de fondos de pensiones (AFP), y no a quienes cotizan en el

¹³⁹ Ley N° 20.255, artículo 80: *“Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto.*

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

Ley N° 20.255, artículo 81: *“La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos adicionales.*

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

¹⁴⁰ Ley N° 20.255, artículo vigésimo quinto: *“las normas contenidas en el Párrafo 2° del Título III entrarán en vigencia el primer día del séptimo mes siguiente al de su publicación en el Diario Oficial y sólo serán aplicables en los juicios de nulidad o divorcio que se inicien con posterioridad a dicha fecha”.*

Instituto de Normalización Provisional (INP), o en las Cajas de Previsión de las Fuerzas Armadas.

Por último, el organismo que debe informar al tribunal, proporcionar informes técnicos generales y específicos, y reglamentar el procedimiento administrativos aplicables al traspaso, es la Superintendencia de Pensiones.

En este orden de ideas, el jurista español Luis Zarraluqui, señala que “cada vez tiene mayor consideración en el derecho de los países occidentales, a la hora de contemplar la ruptura de la pareja conyugal, los derechos de las partes de las *pensiones de invalidez, retiro y vejez*. La anticipación de la edad de jubilación, voluntaria o forzosa, la prolongación de las expectativas de vida y la ausencia de medios propios que aseguren las atenciones vitales cuando ya no se obtengan ingresos derivados del trabajo personal, han ido modificando la estructura básica de las economías familiares. A través de los seguros, en una u otra forma, se han creado expectativas diferentes de cobertura de las necesidades, mediante las aportaciones realizadas durante la vida activa. Naturalmente, estas aportaciones se han realizado comúnmente con el esfuerzo de ambos esposos y de ellas son beneficiarios ambos. Cuando antes de llegado el momento de percepción de los premios, se quiebra la unidad familiar es necesario –es esencial- establecer qué ocurre con estas pensiones futuras o quizás presentes¹⁴¹.

4.6. SU CUALIFICACIÓN PROFESIONAL Y POSIBILIDADES DE ACCESO AL MERCADO LABORAL.

Se trata ahora de compensar los daños producidos por el costo de oportunidad laboral. La mujer después del divorcio deberá en la mayor parte de los casos retornar al mercado laboral, pero lo hará en condiciones inferiores a las que hubiera tenido si no se hubiera casado o no se hubiera dedicado preferentemente a la casa. Este es un perjuicio que debe ser integrado en la compensación¹⁴².

¹⁴¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit., p. 42.

¹⁴² BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno, op. cit., p. 427.

En España ante la misma disposición se ha expresado que “la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, circunstancias ambas en íntima relación exigen capacidades casi proféticas o adivinatorias al juez, pues, en los tiempos que corren, por muy cualificado profesionalmente que esté el acreedor de la pensión, la aleatoriedad de acceso a un empleo es más que probable”¹⁴³.

4.7. LA COLABORACIÓN QUE HUBIERE PRESTADO A LAS ACTIVIDADES LUCRATIVAS DEL OTRO CÓNYUGE.

Se ha de tratar, obviamente, de empresa de la titularidad de uno solo de los esposos; que él no titular preste su colaboración con carácter gratuito y sin percibir retribución alguna por su trabajo – al menos no en concepto de sueldo, dieta, salario, etc.-. La prestación de esta ayuda, aunque ciertamente, repercute en el bienestar de la familia, produce un irritante desequilibrio al fin de la convivencia matrimonial, con un patente enriquecimiento injusto¹⁴⁴.

En cuanto a los criterios señalados precedentemente, nos parece que a lo menos la mayoría de ellos, con excepción de la buena o mala fe, se encuentran establecidos en una especie de reconocimiento al costo de oportunidad laboral.

Cabe tener presente lo que señala al respecto el profesor Javier Barrientos “si por la dedicación, durante el matrimonio, de uno de los cónyuges al cuidado de los hijos y a la dirección, gestión o labores del hogar común, hubiera visto impedidas o disminuidas sus posibilidades de formación y capacitación profesional, anuladas sus posibilidades de previsión social y asistencia de salud y, en general, anuladas o disminuidas sus oportunidades para acceder al campo laboral en condiciones de mercado, el derecho debe reconocer este coste de oportunidad laboral y establecer algún mecanismo que le reconozca y compense”¹⁴⁵.

¹⁴³ SAURA ALBERDI, Beatriz. La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión, op. cit., p. 153.

¹⁴⁴ SAURA ALBERDI, Beatriz. La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión, op. cit., p. 155.

¹⁴⁵ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno, op. cit., p. 408.

La generalidad de la doctrina está conteste de que esta enumeración no es taxativa, ello por el tenor literal del artículo en comento, “especialmente”¹⁴⁶. El monto puede ser establecido teniendo en cuenta otras circunstancias. Así, por ejemplo, la renuncia a un trabajo específico por seguir al otro cónyuge a realizar estudios de postgrado¹⁴⁷.

La doctrina española¹⁴⁸ ha señalado varias circunstancias no consideradas en la disposición citada, sólo mencionaremos las que nos parecen más interesantes:

- La ayuda prestada por un cónyuge al otro, durante el matrimonio, para su formación académica o consolidación laboral.
- La limitación que supone, para el desarrollo de una profesión u oficio remunerado, la realización de las tareas domésticas.
- La pérdida del puesto de trabajo que abandonado para dedicarse a los hijos, así como los derechos laborales extinguidos por ésta causa.
- La atribución de la vivienda familiar.
- El resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial.

5. DIFERENCIAS ENTRE REQUISITOS DE PROCEDENCIA Y CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA, ARTS. 61 Y 62 NLMC.

Lo primero que nos parece necesario destacar es la relación existente entre lo que se denomina requisitos de procedencia y los criterios para determinar la cuantía, es decir, la relación entre el art. 61 y 62 NLMC. Dicho vínculo lo estableció el legislador en el art. 62, dada la doble función de los criterios mencionados, para determinar la existencia y la cuantía.

La profesora Susan Turner, postula que el art. 62 sigue la tesis subjetiva del derecho español al señalar que las circunstancias en él indicadas sirven para

¹⁴⁶ En este sentido, MARICRUZ GOMEZ DE LA TORRE, PAULINA VELOSO, CARMEN DOMÍNGUEZ, RAMON DOMÍNGUEZ, EDUARDO COURT, RENE RAMOS, JUAN ORREGO, PATRICIO VÉLIZ.

¹⁴⁷ PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena, op. cit., p. 98.

¹⁴⁸ SAURA ALBERDI, Beatriz. La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión, op. cit., pp.161 y 162. y LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, op. cit., pp. 86 y 87.

determinar tanto la existencia del menoscabo económico como la cuantía de la compensación. Es decir, tales circunstancias no solo cumplen una función de cuantificación del menoscabo sino que condicionan su propia existencia. Es cierto que con esta concepción subjetiva se disipa en parte el peligro de ver en la compensación económica derivada de una mera compensación aritmética de patrimonios, un derecho a mantener un nivel de vida del matrimonio o un derecho a nivelación o a indiscriminada igualación y nos acercamos más a un mecanismo que pretende evitar que a consecuencia de la ruptura del vínculo se produzca entre los cónyuges una situación patrimonial abiertamente injusta¹⁴⁹.

La cuestión planteada no resulta baladí, si se piensa que según se ha resuelto que dichos requisitos deben concurrir en forma copulativa¹⁵⁰.

En tal sentido, “el art. 61 NLMC constituye el fundamento de derecho de la compensación económica. El art. 62 inciso 1° NLMC, por su parte, actúa como norma complementaria y de apoyo, cuando se dan los presupuestos señalados en dicha disposición, cumpliendo la función de medir el menoscabo sufrido. En esta función de parámetros, las circunstancias del art. 62 inc. 1° NLMC pueden llegar a determinar la inexistencia del menoscabo y por ende, negar el derecho a exigir la compensación económica aun concurriendo los demás presupuestos de la institución”¹⁵¹.

“En otro sentido, las posturas de los autores Hernán Corral y Carmen Domínguez, que expresan frente a este Capítulo VII de la Ley de Matrimonio Civil una postura influenciada por una fuertísima visión religiosa y sociológica cristiana, que los lleva a reinterpretar la ley suponiendo intenciones del legislador o condiciones para la

¹⁴⁹ TURNER SAELZER, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil, Revista de Derecho Universidad Austral, v. 16, Julio, Valdivia, 2004, p. 100.

¹⁵⁰ En sentencia de la excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 30 de enero de 2007, en causa Rol 96-2007, se expresa “resulta absolutamente necesario que quien invoque la compensación económica deba probar todos y cada uno de los requisitos que estableció el legislador para su procedencia”. En sentido similar, sentencia CORTE SUPREMA de fecha 12 de marzo de 2007, causa Rol 5048-2006, “...La demandante no probó los presupuestos que la hacen procedente...”.

¹⁵¹ TURNER SAELZER, Susan. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas”, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 32, N° 3, Santiago, Chile, 2005, p. 423.

procedencia de la compensación que no existen ni han sido pensadas, tal como paso a explicar. Hernán Corral plantea que la función de la compensación económica es de “servir de morigeración o paliativo del desamparo económico en que queda la mujer”, para él decir menoscabo implica la existencia de un daño, niega que en el artículo 61 se establezcan los elementos constitutivos de la procedencia de la compensación económica y en cambio sostiene que la concurrencia de las circunstancias de los artículos 61 o 62 y otras similares pueden determinar que exista menoscabo y por ende que sea procedente su compensación; finalmente, niega la hipótesis que existiendo derecho a recibir una compensación económica por la mujer, ésta no sea concedida por el juez luego de analizar las circunstancias concretas del caso si concluye que no ha habido menoscabo en el caso específico, puesto que sostiene Hernán Corral que siempre debe proceder el pago de la compensación si se reúnen los requisitos teóricos para su procedencia. Carmen Domínguez sostiene que la compensación económica “viene a ordenar las cuestiones económicas que genera el término del matrimonio”, y aquella será procedente cuando uno de los cónyuges se encuentre en una posición desmejorada, de no igualdad, sería una compensación por el término de la obligación de auxilio o socorro que se deben los cónyuges, “siendo un verdadero freno a la libertad irresistible que tienen ahora los cónyuges para poner término a su matrimonio, aún por la sola decisión de uno de ellos”, pero no asocia la compensación económica a lo configuración de los requisitos del artículo 61, ni define que entiende por menoscabo económico. Diferenciándose de Hernán Corral, sostiene que el artículo 61 establece quienes son los legitimados activos para demandar la compensación, concuerda con la mayoría de los autores nacionales que en el artículo 62 (no en el 61 como también lo sostiene Hernán Corral) existen criterios no taxativos para calcular el monto de la compensación y que estos deben acreditarse judicialmente, punto éste omitido por el profesor Corral¹⁵².

No compartimos la postura tendiente a interpretar extensivamente la procedencia de la compensación económica, por el contrario creemos que los requisitos del art. 61 NLMC, se complementan con los criterios del art. 62, en cuanto a

¹⁵² ANDREUCCI AGUILERA, Rodrigo. El menoscabo económico y el art. 62 de la ley de matrimonio civil [en línea] <www.uvm.cl/derecho/articulosacad.shtml?cmd%5B197%5D=i-197-40d365d96c6e0814bd7b203dba82de40> [visitado el 11 de julio de 2008]

través de ellos se puede configurar el menoscabo económico. Pretender hacer procedente la compensación sólo con alguna de las circunstancias del art. 62 NLMC, va contra lo expresado en la ley, y busca establecer una especie de cláusula de dureza de facto, es decir que los cónyuges se vean impedidos de solicitar el divorcio, por la eventualidad de ser condenados al pago de una indemnización.

6. QUIEN DETERMINA SU MONTO.

La ley, en principio, reconoce amplia libertad a las partes para determinar la cuantía y forma de pago, no obstante ello, si no logran llegar a acuerdo, es el juez quien debe determinar su monto, teniendo presente para ello, principalmente los criterios establecidos en el art. 62 de NLMC.

Las partes, según prescribe el artículo 63 NLMC, pueden convenir la procedencia de la compensación económica, su monto y su forma de pago, siempre que cumplan con los siguientes requisitos:

- Que los cónyuges sean mayores de edad.
- Que el acuerdo conste en escritura pública o acta de avenimiento,
- Aprobación del tribunal.

Las partes son libres para determinar el monto y la forma de pago, cumplidas las formalidades señaladas, en este sentido, pueden fijar cualquier monto, mediante una cifra única, dividida en cuotas, o mediante la transferencia de determinados bienes, en propiedad o en usufructo, o incluso establecer el pago de una renta vitalicia¹⁵³.

¹⁵³ Así, respecto a la renta vitalicia, sentencia en causa Rit C-6930-2006, del SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO, “con fecha 13 de noviembre del presente año, se prosiguió con la audiencia preparatoria, manifestando las partes que llegaron a acuerdo en materia de compensación económica en los términos registrados en el audio y que se resumen de la siguiente forma: la demandante, confiere mandato irrevocable a su cónyuge, para que éste en su nombre y representación ejerza todos sus derechos en la sociedad XX Ltda., como contraprestación a ello su cónyuge se obliga al pago de una renta vitalicia en beneficio de la demandante de compensación, por un monto de \$1.400.000.-, reajustables de conformidad a la variación del I P C o el factor que lo reemplace, cada seis meses, la que se devengará a contar de la fecha de inscripción del divorcio, en los términos señalados y registrados en audio, agregando finalmente que en el tiempo intermedio, el demandado reconvencional pagará por

También se puede establecer el monto y forma de pago de la compensación en el acuerdo completo y suficiente, tratándose de un divorcio solicitado de común acuerdo, según lo prescrito en el art. 55 NLMC.

Si bien dicha disposición no lo exige, debemos concluir que para acompañar un acuerdo o convenio regulador debe necesariamente constar por escrito, bastando una escritura privada, incluso que se establezca en un otrosí del escrito de demanda.

Pero al interpretar los arts. 55 y 63 NLMC, si se renuncia a la compensación cobra vigencia lo expresado, en cambio si se regula su monto y forma de pago, dicho acuerdo deberá constar en escritura pública.

También se podría cuestionar la inclusión de la compensación económica en dicho acuerdo, ya que, el art. 55 NLMC, se remite al art. 21 NLMC, el que establece las materias a regular por los cónyuges para estimar que un acuerdo es completo.

No obstante, se debe considerar que dicha disposición se encuentra establecida para la separación, caso en cual no procede la compensación, por lo que resulta lógico que no se mencione, sin embargo, estimamos que es necesario que se incluya en dicho convenio, dado que es una institución que tiende a la protección del cónyuge más débil, que la opción del divorcio solicitado de mutuo acuerdo favorece a los cónyuges dado que deben acreditar un plazo menor de cese de convivencia, pero les impone la carga de regular sus relaciones mutuas, y porque el art. 55 NLMC, señala que se entenderá que es suficiente (el acuerdo) si resguarda el interés superior

concepto de pensión de alimentos, la misma suma y en los mismos términos a la demandante. Dicho acuerdo se tuvo por aprobado en audiencia” (aprobada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 781- 2008). En el mismo sentido CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, en sentencia causa Rol 1286-2007, ha señalado que “debe aprobarse el acuerdo suscrito por los cónyuges en escritura pública en el cual convienen el pago de una compensación económica a favor de la demandada de divorcio, transfiriéndole un inmueble y efectuando pagos bajo la forma de pensión vitalicia, ya que todo esto importa un reconocimiento sobre la procedencia de la compensación económica y de la forma de pago de la misma, por lo que al juez sólo le corresponde considerar si se cumplen o no los requisitos que la ley exige para que se dé lugar a ella. En efecto, procede aprobar el acuerdo ya que teniendo un carácter patrimonial la compensación económica, que admite su renuncia, a contrario sensu se puede concluir que su otorgamiento por parte del demandado constituye una opción libre para concederla. Considerándola así, y en armonía con el principio de protección del cónyuge más débil, se supera lo estricto de la norma del artículo 61 NLMC”.

de los hijos, **procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura** y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita. Respecto a esto último, no conocemos otra institución que pueda satisfacer esta pretensión.

Con respecto a las facultades del juez en la aprobación del acuerdo completo y suficiente, debería limitarse a homologar dicho convenio, ya que las partes, tienen amplia libertad, incluso para renunciar a ella, y teniendo presente que no existe en el divorcio, ni en la nulidad, una norma como la consagrada en el art. 31 NLMC (en sede de separación judicial), en que se otorgan facultades para subsanar las deficiencias del acuerdo o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente¹⁵⁴.

También se ha entendido regulada aunque no se señale expresamente, si se deduce inequívocamente, del convenio celebrado por las partes¹⁵⁵.

El Juez, sólo a falta de acuerdo, determinará la procedencia, el monto y la forma de pago de la compensación en la sentencia de divorcio o de nulidad (artículos 64 y 65 NLMC).

Se ha fallado que el no indicar un monto en la demanda de compensación económica, no es óbice para que el juez analice si se dan los presupuestos que la autorizan¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Ley N° 19.947, artículo 31: “El juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.

*El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, **procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.***

En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto”.

¹⁵⁵ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 23 de abril de 2007, causa Rol 5680- 2007, que señala “en esas condiciones y como quiera que no existen antecedentes para sostener que las prestaciones económicas allí asumidas obedezcan a una mera liberalidad o al pago de alguna obligación alimenticia, se tiene que los dineros entregados en ese acto por el demandado y la obligación que contrajo de solucionar el crédito hipotecario que afectaba al bien raíz aludido, **no pudieron sino corresponder a un acuerdo que los cónyuges adoptaron en materia de compensación económica”.**

Una vez determinada la compensación respectiva, no puede ella modificarse por un cambio de circunstancias, teniendo en cuenta que una de las razones esgrimidas por el legislador para el establecimiento de la institución, fue precisamente evitar nuevos juicios entre las partes. Sin perjuicio de ello, nada obsta a que el cónyuge beneficiario condone la deuda.

La profesora Maricruz Gómez de La Torre, ha señalado que “la revisión de la compensación, una vez decretada y fijado su monto, es improcedente. Aunque las circunstancias económicas de los cónyuges varíen, la ley no contempla la posibilidad de revisión. Esto se ve claramente cuando el monto de la compensación se paga en cuotas. Durante la época del pago, el cónyuge deudor puede quebrar o quedar cesante y el cónyuge acreedor puede que contraiga matrimonio con alguien de muy buena situación o reincorporarse exitosamente a la vida laboral. Igual va a tener que pagar el cónyuge deudor la compensación que antes se fijó”¹⁵⁷.

A diferencia de lo que ocurre en España donde se puede modificar el pago de la pensión compensatoria, por un cambio sustancial en la fortuna de uno de los cónyuges¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Así sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 06 de noviembre de 2006, en causa Rol 2863-2006, señala “que el hecho que el cónyuge que solicite la compensación económica a que se refiere el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, no indique monto en su demanda, no es óbice para que el juez analice si se dan los presupuestos que la autorizan. Así, fluye de lo dispuesto en el artículo 64, pues si no se solicitare en la demanda, el juez debe informar a los cónyuges de la existencia de este derecho, y si se pide, el juez debe pronunciarse sobre la procedencia de la compensación y su monto, en el evento de dar lugar a ella. De modo que el monto es resorte del juez, si no hay acuerdo entre las partes, y es una materia de orden público que no puede obviarse bajo ningún respecto”.

¹⁵⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, op. cit., p. 18.

¹⁵⁸ Código Civil español, artículo 100: *“Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges”*

7. ASPECTOS PROBATORIOS.

Lo primero que debemos consignar es que según lo dispone el art. 28 LTF, existe plena libertad probatoria, por lo que la resolución del conflicto familiar podrá ser probada por cualquier medio.

Por tanto, las partes podrán ofrecer todos los medios de prueba que estimen pertinentes, para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión, y solicitar la generación de otros medios que dependan de terceros o de servicios públicos.

Existe una limitación, respecto a la prueba que pueden proporcionar terceros, en el art. 35 del Código Tributario¹⁵⁹, dado que dicha disposición, permite al Servicio de Impuestos Internos informar sólo en las causas criminales y de alimentos, por lo que es usual que los tribunales ordenen oficiar a dicha institución y que la repuesta de esta sea negativa, dada la limitación del Servicio impuesta por el artículo en comento.

A efecto de velar por la protección del cónyuge más débil, creemos que una reforma interesante, en materia probatoria, es la modificación del citado artículo, en el sentido de incluir expresamente en el art. 35 del Código Tributario, la obligación del Servicio de informar en las causas sobre compensación económica, o quizás la obligación de informar en todas las materias de familia, dada su protección constitucional y legal¹⁶⁰.

En cuanto a las pruebas, la testimonial será fundamental para acreditar tanto la dedicación al cuidado de los hijos o las labores del hogar, como para acreditar, el hecho negativo de no realizar actividad remunerada o lucrativa, sin perjuicio de allegar al juicio otros elementos que sirvan para formar convicción.

La prueba documental (como por ejemplo certificados de estudios, nacimiento, de cotizaciones previsionales del cónyuge beneficiario), los oficios a ciertas

¹⁵⁹ Código Tributario, artículo 35, inc. 3º: *“El precepto anterior no obsta al examen de las declaraciones por los jueces o al otorgamiento de la información que éstos soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuesto y **sobre alimentos**; ni al examen que practiquen o a la información que soliciten los fiscales del Ministerio Público cuando investiguen hechos constitutivos de delito, ni a la publicación de datos estadísticos en forma que no puedan identificarse los informes, declaraciones o partidas respecto de cada contribuyente en particular”.*

¹⁶⁰ Art. 1º Constitución Política de la República y art. 3º NLMC.

instituciones (como Registro Civil a efecto que informe sobre la propiedad de vehículos motorizados, al Conservador de Bienes Raíces, a efecto que informe sobre la propiedad de Inmuebles, a la AFP en que cotiza el demandado para que informe cual es el capital de su cuenta individual y el monto de sus cotizaciones mensuales en el último periodo, etc.), y la prueba pericial, consistente en un completo informe socioeconómico, emitido por un Asistente Social, nos parece importante para acreditar el menoscabo económico, ya que podrá evaluar elementos que servirán al juez para ponderar las circunstancias del art. 62 NLMC, por último, la declaración de la parte demandada (art. 50 y sgtes LTF), bajo apercibimiento del art. 52 LTF, puede servir para probar algunos de los requisitos de procedencia.

Otra propuesta, en materia probatoria, puede ser imponer a la parte demandada de compensación económica, la obligación de realizar una declaración jurada de ingresos y patrimonio, similar a la que regula el art. 5 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, con iguales sanciones tanto civiles como penales¹⁶¹, tal como ocurre por ejemplo en Francia¹⁶².

Recordemos que la Ley N° 20.152, reformó la Ley N° 14.908, y sanciona a quienes oculten sus fuentes de ingresos (con pena de prisión en cualquiera de sus grados); al demandado que no acompañe los documentos requeridos o no formule la declaración, o al tercero que proporcione maliciosamente documentos falsos o inexactos (serán sancionados con las penas del art. 207 Código Penal, es decir, presidio menor en su grado mínimo a medio y multa); por último, si en la declaración de patrimonio se incluyen datos inexactos o se omite información relevante (será sancionado con las penas del art. 121 del Código Penal, es decir, prisión en cualquiera de sus grados o multa).

Otro punto a considerar en este apartado, dice relación con la facultad del juez de poder ordenar de oficio medios de prueba, en virtud de lo dispuesto en el art. 29, inc. 2°, LTF.

¹⁶¹ LEPIN MOLINA, Cristián. Incumplimiento de la obligación alimenticia, op. cit., p. 7.

¹⁶² Código Civil francés, artículo 272 inc. 1°: *“En la fijación de una prestación compensatoria, por el Juez o por las partes o con ocasión de una demanda de revisión, las partes **presentarán al Juez una declaración certificando por su honor la exactitud de sus recursos, rentas, patrimonio y condiciones de vida**”.*

Podría sostenerse que se trata de una materia estrictamente patrimonial, que mira el sólo interés del cónyuge beneficiario, renunciable por éste, quien tiene, además la carga de la prueba, por lo que no estaríamos en el supuesto señalado.

En contrario, podríamos sostener que la compensación es un mecanismo para proteger al cónyuge más débil, principio consagrado en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, que la ley no distingue respecto a qué materias de familia esta regulada esta facultad y que por lo tanto el Juez tiene dicha potestad en la resolución de cualquier conflicto familiar. Esta última, nos parece más acertada¹⁶³.

Por último, la valoración de la prueba incorporada en juicio la realizará el juez de conformidad a las normas de la sana crítica como lo prescribe el art. 32 LTF, por lo que el juez en su sentencia no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Además establece la obligación de fundamentar la sentencia haciéndose cargo de toda la prueba rendida, incluso aquella que fuere desestimada.

La apreciación de los elementos de convicción allegados al proceso en el juicio de divorcio corresponde al ejercicio de facultades privativas de los jueces del grado, por lo que los hechos así establecidos no pueden ser alterados mediante el recurso de casación en el fondo¹⁶⁴.

Creemos, no obstante, que para hacer efectivo el control por parte de los ciudadanos, a través de los recursos de casación por infracción de las reglas de la sana crítica, sólo se logrará si los jueces fundamentan suficientemente las sentencias, de otra forma no se puede saber cuál fue el razonamiento realizado para lograr convicción, así como la valoración de los medios de prueba, y mucho menos se podrá impugnar dicha sentencia, aunque para ser precisos ésa tendría que ser la causa del recurso¹⁶⁵.

¹⁶³ Así se ha resuelto, en incidente planteado, en similares términos, en causa Rit C-3216-2006, del Primer Juzgado de Familia de San Miguel.

¹⁶⁴ Sentencias de la CORTE SUPREMA, de fecha 21 de junio de 2006 causa Rol 574-2006, 21 de junio de 2006 causa Rol 2174-2006, y de fecha 07 de marzo de 2007 causa Rol 794-2007 y misma fecha Rol 1087-2007.

¹⁶⁵ LEPIN MOLINA, Cristián. Breve estudio sobre la sana crítica, Gaceta Jurídica, N° 319, Enero, Santiago, Chile, 2007, p. 13.

8. FORMAS DE PAGO.

La regla general, en materia de pago de la compensación económica, es que deberá hacerse mediante la entrega de una suma de dinero, preferentemente en un solo acto¹⁶⁶.

El que podrá ser enterado en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago. Sin perjuicio de ello, la ley faculta al juez para establecer las siguientes modalidades (art. 65 NLMC):

- Entrega de acciones u otros bienes.
- Constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de la constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo.
- En caso de insolvencia del cónyuge deudor, y para el caso que no sea posible aplicar alguna de las modalidades anteriores, podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable.

Por último, el artículo 66 NLMC, expresa, que la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, *a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago*, lo que se declarará en la sentencia.

Por ende, el juez podrá ordenar la constitución de una caución, por parte del cónyuge deudor, o disponer que el empleador del cónyuge deudor retenga el monto a pagar¹⁶⁷, deduciéndolo de la remuneración del obligado.

¹⁶⁶ En este sentido existe mayor similitud con la legislación francesa, en que se privilegia su fijación en una prestación única o a tanto alzado, art. 273 Código Civil francés; a diferencia de la legislación española, en que se puede regular como una pensión temporal o por tiempo indefinido, o como prestación única, art. 97 Código Civil español.

¹⁶⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, en sentencia de fecha 24 de octubre de 2007, en causa Rol 6710-2006, Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 67 de la

Aunque la ley nada indica, creemos posible que se establezca por el juez una *cláusula de aceleración del crédito*¹⁶⁸, en el evento que el deudor no pague una o más cuotas en que se hubiere dividido el servicio de la deuda.

En caso de incumplimiento en el pago de una o más cuotas, procede aplicar los apremios establecidos para obtener el pago de la obligación alimenticia.

Al respecto, la Ministra de SERNAM, señora Pérez, expresó que se sugiere asimilarla a los alimentos, no sólo por la posibilidad de solicitar el arresto nocturno del infractor ante el incumplimiento, sino también por el procedimiento simplificado para su cobranza. Reconoció que el arresto nocturno no tiene gran efecto en cuanto a producir el pago, pero se estima que constituye un incentivo para el cumplimiento del que no se podría prescindir¹⁶⁹.

Cabe tener presente que el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, “Convención Americana de Derechos Humanos”, dispone que nadie puede ser detenido por deudas, salvo, por mandato de la autoridad judicial competente en cumplimiento de **deberes alimenticios**.

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 reconvenicional del primer otrosí de fojas 18, sólo en cuanto se condena al demandante y demandado reconvenicional a pagar a la actora reconvenicional 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 reconvenicional motivos plausibles para litigar.

¹⁶⁸ ORREGO ACUÑA, Juan. La compensación económica en la ley de matrimonio civil, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año VIII, N° 8, Santiago, Chile, 2004, p. 145. En el mismo sentido GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, op. cit., p. 16. Así lo ha resuelto la CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, que en sentencia de fecha 24 de Enero de 2007, que revoca el fallo de primera instancia, dando lugar a la demanda reconvenicional de compensación económica, fijando el monto de \$ 36.000.450 pesos, “la que se pagará a elección del recurrido de contado o en 180 mensualidades, iguales mensuales y sucesivas el último día de cada mes, correspondiendo cada una de ellas en su equivalente en moneda de curso legal a 1.4815 Ingresos Mínimos Mensuales general, **importando el no pago de una de las cuotas la exigibilidad total y de contado de lo ordenado pagar**”,

¹⁶⁹ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 602.

En este orden de ideas, cabe recordar que el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución Política, establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución “así como también por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, situación precisa del citado Pacto de San José de Costa Rica, cuya vigencia y eficacia jurídica no puede desconocerse.

En atención a lo expuesto, cabría en consecuencia, descartar la eventual aplicación del arresto, por ser contraria a la ley (valor que cabe atribuirle a un tratado internacional), procediendo a su respecto el recurso de amparo (artículo 21 de la Constitución Política de la República)¹⁷⁰.

Sin embargo, en decisión que no compartimos la Corte Suprema ha resuelto rechazar recurso de amparo interpuesto en contra de orden de arresto por no pago de compensaciones económicas, dado que es una decisión decretada por autoridad competente en los casos previsto por la ley, en la especie, el art. 66 NLMC, en que se prescribe que el pago de las cuotas de la compensación se considerarán alimentos para efectos de su cumplimiento¹⁷¹.

Por último, se deben considerar los nuevos apremios de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, modificada el 9 de enero de 2007, por la Ley N° 20.152, que además de los apremios de arresto nocturno, arresto, arraigo, embargo y, existiendo una o más pensiones insolutas, el juez adoptará, a petición de parte¹⁷²:

- La **retención de la devolución** anual de impuestos las pensiones adeudadas, para lo cual el juez ordenará, en marzo de cada año, a la Tesorería General de la República que retenga los montos insolutos. Medida que parece interesante y que sin duda será un aporte, aunque creemos que no es aplicable a la mayoría de los casos.
- La **suspensión de la licencia** para conducir, hasta por seis meses, prorrogables por igual período, contados desde que ponga a disposición

¹⁷⁰ VELIZ MÖLLER, Patricio. Divorcio, nulidad y separación, los caminos frente a la ruptura, op. cit., p. 65.

¹⁷¹ Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 19 de abril de 2006, causa Rol 1650-2006.

¹⁷² LEPIN MOLINA, Cristián. Incumplimiento de la obligación alimenticia, op. cit., p. 6.

del administrador del tribunal la respectiva licencia. Si es necesaria para el ejercicio de un empleo se puede interrumpir este apremio, siempre que pague y se obligue a solucionar la cantidad que fije el juez. Tal como en el caso anterior, creemos que en la práctica no será muy efectiva, considerando las dificultades para lograr otras medidas como el arresto, donde interviene la fuerza pública, y dado el colapso de los tribunales de familia.

9. FORMAS DE GARANTIZAR EL PAGO.

Para garantizar el pago íntegro y oportuno de la obligación derivada de la compensación económica, podemos distinguir las alternativas tendientes a asegurar el resultado del juicio, entendiéndose medidas cautelares, ya sea, en una etapa previa al juicio, medidas prejudiciales precautorias; o una vez iniciado el procedimiento, medidas precautorias, y por último aquellas garantías de pago o cauciones.

Recordemos que la potestad cautelar de los jueces de familia es bastante amplia, así se desprende de la lectura del art. 22 LTF¹⁷³, podrá por tanto decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, que estime conforme a derecho.

¹⁷³ Ley N° 19.968, artículo 22: *“Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.*

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71”.

Según lo dispuesto en el art. 22 inc. 3°, son plenamente aplicable las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, Títulos IV y V, del libro II. Es decir, las medidas prejudiciales (art. 273 y sgtes CPC)¹⁷⁴, como por ejemplo la exhibición de títulos de propiedad, inventarios, tasaciones o libros de contabilidad, y las precautorias, tales como, la retención de determinados bienes o la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados (art. 290 y sgtes CPC)¹⁷⁵.

En otro grupo encontramos las medidas tendientes a garantizar el pago del monto, acordado o fijado por el juez, en lo que es aplicable, la normativa general de las obligaciones, es decir, las cauciones tanto personales (fianza, cláusula penal y solidaridad pasiva), como reales (la prenda, la hipoteca y la anticresis).

Creemos que será indispensable para los jueces, al discurrir sobre las “seguridades para el pago de las cuotas de la compensación económica”, apunten hacia aquellas medidas que, saliendo del plano netamente teórico, sirvan efectivamente para garantizar el pago de una compensación económica que quizás vaya a ser el único sustento del “cónyuge más débil” que dedicó gran parte de su vida

¹⁷⁴ Código de Procedimiento Civil, artículo 273: *“El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar de aquel contra quien se propone dirigir la demanda:*

1° Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes;

2° La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar;

3° La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas;

4° Exhibición de los libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio; y

5° El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado.

La diligencia expresada en el número 5° se decretará en todo caso; las de los otros cuatro sólo cuando, a juicio del tribunal, sean necesarias para que el demandante pueda entrar en el juicio”.

¹⁷⁵ Código de Procedimiento Civil, artículo 290: *“Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:*

1a. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

2a. El nombramiento de uno o más interventores;

3a. La retención de bienes determinados; y

4a. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados”.

al cuidado de los hijos y las labores domésticas, cuya inserción en un mercado laboral cada vez más esquivo le será enormemente difícil¹⁷⁶.

10. CASOS EN LOS QUE SE PUEDE DENEGAR Y REBAJAR.

La ley establece en el artículo 62 NLMC, una facultad discrecional para que el juez, quien puede denegar o disminuir prudencialmente el monto de la compensación cuando se decreta el divorcio en virtud del artículo 54 NLMC, es decir, en los casos de divorcio por falta imputable al otro, que constituya violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, y que torne intolerable la vida en común.

El Honorable Senador señor Espina señaló “se hace una excepción en el caso del divorcio por culpa, dejando entregada siempre esta decisión al juez, para evitar que pueda producirse una situación manifiestamente injusta, en que maliciosamente se provoquen rupturas para obtener la compensación”¹⁷⁷.

Según el profesor Pablo Rodríguez, la ley permite al juez, cuando se ha decretado el “divorcio sanción” (art. 54 NLMC), denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que incurrió en la causal o disminuir prudencialmente su monto. En el primer caso se trata de una sanción civil como consecuencia de la falta en que incurrió. En el segundo, una forma de compensación de culpas en el campo de las relaciones de familia¹⁷⁸.

La excelentísima Corte Suprema, ha resuelto en sentencia de fecha 12 de marzo 2007, causa Rol 5048-2006, “que en lo atinente a la conculcación del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, es del caso hacer presente que el legislador otorgó al Juez la facultad para denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal de divorcio del artículo 54 de la ley N° 19.947 o para

¹⁷⁶ VENEGAS ORTIZ, Pablo y VENEGAS ALFARO, Andrés. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2007, p. 91.

¹⁷⁷ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 1750.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Ley de matrimonio civil [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005]

disminuir prudencialmente su monto. De ello se deduce que la decisión que se adopte en esta materia no es revisable por la vía del recurso de casación, a lo que se debe añadir que, en la especie, la demandante reconvencional no probó los presupuestos que la hacen procedente y, por ende, mal puede reprochar la aplicación de la norma que la sanciona con la privación de un derecho que no se acreditó en autos”.

CAPÍTULO IV EL CRÉDITO DE COMPENSACIÓN

1. EL CRÉDITO DE COMPENSACIÓN.

Una vez fijada la compensación económica por sentencia judicial, ya sea porque fue el juez quien lo hizo o porque las partes sometieron el acuerdo a su aprobación, nace un derecho personal para el cónyuge beneficiario, ingresando dicho derecho a su patrimonio, pudiendo por tanto, transferirlo por acto entre vivos o transmitirlo por causa de muerte. A pesar que en la historia fidedigna de la ley se señala la intención de rechazar el carácter transmisible de la compensación económica, en el texto definitivo no se explicita dicha restricción¹⁷⁹.

También, podemos señalar dentro de sus características que se trata de un crédito común o valista, toda vez que no se estableció el carácter preferente de esta acreencia.

Por último, como estará fijado en una sentencia, el cónyuge beneficiario, dispondrá de un título ejecutivo, pudiendo servirse, como ya se señaló, del procedimiento ejecutivo simplificado de la Ley N° 14.908, artículos 11 y 12¹⁸⁰.

¹⁷⁹ PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena, op. cit., p. 101.

¹⁸⁰ Ley N° 14.908, artículo 11: *“Toda resolución judicial que fijare una pensión alimenticia, o que aprobare una transacción bajo las condiciones establecidas en el inciso tercero, **tendrá mérito ejecutivo.**”*

Será competente para conocer de la ejecución el tribunal que la dictó en única o en primera instancia o el del nuevo domicilio del alimentario.

En las transacciones sobre alimentos futuros tendrán la calidad de ministros de fe, además de aquellos señalados en otras disposiciones legales, los Abogados Jefes o Coordinadores de los Consultorios de la respectiva Corporación de Asistencia Judicial, para el solo efecto de autorizar las firmas que se estamparen en su presencia.

El juez sólo podrá dar su aprobación a las transacciones sobre alimentos futuros, a que hace referencia el artículo 2.451 del Código Civil, cuando se señalare en ellas la fecha y lugar de pago de la pensión, y el monto acordado no sea inferior al establecido en el artículo 3º de la presente ley. La mención de la fecha y lugar de pago de la pensión será necesaria, asimismo, para que el tribunal apruebe los avenimientos sobre alimentos futuros.

Se trata de un crédito que se puede renunciar en conformidad a las reglas generales, y prescribe, también, de acuerdo a las reglas generales. Puntos que analizaremos luego.

2. RENUNCIA.

2.1. RENUNCIA EX ANTE.

En primer lugar, hay que analizar qué sucede si uno de los esposos, antes del matrimonio quiere renunciar a este derecho, es decir, se pacta en una capitulación matrimonial, ¿sería ello posible?, en este sentido, la respuesta es a lo menos dudosa.

El artículo 1717 del Código Civil, dispone que las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes, así entonces, dicha estipulación no sería contraria ni a la ley ni a las buenas costumbres.

Sin embargo en la segunda parte de la citada disposición, se señala “no serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes”, y es aquí precisamente

Salvo estipulación en contrario, tratándose de alimentantes que sean trabajadores dependientes, el juez ordenará como modalidad de pago de la pensión acordada la retención por parte del empleador.

Esta modalidad de pago se decretará, sin más trámite, toda vez que el alimentante no cumpla con la obligación alimenticia acordada”.

Ley N° 14.908, artículo 12: *“El requerimiento de pago se notificará al ejecutado en la forma establecida en los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley que crea los juzgados de familia.*

Solamente será admisible la excepción de pago y siempre que se funde en un antecedente escrito.

Si no se opusieran excepciones en el plazo legal, se omitirá la sentencia y bastará el mandamiento para que el acreedor haga uso de su derecho en conformidad al procedimiento de apremio del juicio ejecutivo.

Si las excepciones opuestas fueren inadmisibles, el tribunal lo declarará así y ordenará seguir la ejecución adelante.

El mandamiento de embargo que se despache para el pago de la primera pensión alimenticia será suficiente para el pago de cada una de las venideras, sin necesidad de nuevo requerimiento; pero si no se efectuara oportunamente el pago de una o más pensiones, deberá, en cada caso, notificarse por carta certificada el mandamiento, pudiendo el demandado oponer excepción de pago dentro del término legal a contar de la notificación”.

donde se encuentra el problema, toda vez que claramente este es un derecho señalado por la ley a un cónyuge respecto del otro¹⁸¹.

En este sentido, es un derecho establecido a favor del cónyuge más débil, incluso se estima como el principal mecanismo para su protección, por lo que podríamos considerarla como una norma de orden público, indisponible para las partes. Además, si consideramos que el derecho nace sólo en el marco del juicio de nulidad o divorcio, por lo que antes y durante el matrimonio es sólo una mera expectativa y no un derecho, lo que se corrobora porque no se puede solicitar durante el matrimonio, ni tampoco es posible solicitar este derecho en sede de separación judicial.

En este sentido, se ha sostenido “que esta renuncia anticipada sería inválida. Se trata de un derecho personalísimo del cónyuge sobre el cual no proceden actos disposición”¹⁸².

Para Álvaro Vidal, “no es posible admitirla y para ello me apoyo en tres argumentos: a) el interés protegido por la compensación económica –el del cónyuge más débil- es de orden público y, por consiguiente, indisponible anticipadamente; y b) si se admite que la regulación de la compensación económica puede ser objeto de una capitulación matrimonial, el límite de la libertad de pacto de los esposos, según el artículo 1717 del Código Civil, está en el detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro, y entre ellos, no hay duda, está el derecho a la compensación y su obligación correlativa, c) si bien la regla en materia de compensación económica es que ella sea convencionalmente regulada por los cónyuges, es menester la observancia de una solemnidad, en la especie, la aprobación judicial (artículo 63 de la Ley de Matrimonio Civil)”¹⁸³.

“La renuncia previa o anticipada, ya sea, anterior al juicio o incluso al matrimonio, entiéndase, en las capitulaciones matrimoniales, según Encarna Roca, es

¹⁸¹ PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena, op. cit., pp. 102 y 103.

¹⁸² CORRAL TALCIANI, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio, op. cit., p. 36. En el mismo sentido ÁLVARO VIDAL y CARMEN DOMÍNGUEZ.

¹⁸³ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, op. cit., p. 277.

perfectamente posible, al no tener naturaleza alimenticia, no se puede aplicar el art.151.1 CC, cuando se reconoce a la pensión la naturaleza de derecho resarcitorio por un daño derivado de la separación o el divorcio, por lo que queda englobado en el derecho de las obligaciones, que permite la renuncia previa a las acciones de indemnización, art.1102 CC, y en el caso de las capitulaciones matrimoniales, el art. 1328 CC, parece no eliminar esta posibilidad. En contra, Gabriel García Cantero sostiene que “no es un derecho libremente disponible, es de derecho necesario, y en consecuencia no renunciabile. Sin embargo, estima que una vez concedida, es admisible su renuncia”¹⁸⁴.

2.2. RENUNCIA EX POST.

El tema de la renuncia de la compensación económica, hay que analizarlo luego en la posibilidad que uno de los cónyuges una vez iniciado el juicio de nulidad o divorcio, renuncie a este derecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 CC, lo cual es perfectamente posible, si entendemos que se trata de un derecho que mira sólo al interés individual del renunciante y respecto del cual no está prohibida su renuncia¹⁸⁵.

Es más, podríamos considerar que si el cónyuge no ejerce su derecho en la oportunidad procesal establecida para ello, estaría renunciando tácitamente, lo que se denomina por la doctrina como preclusión procesal¹⁸⁶.

En este sentido Hernán Corral opina que “cosa distinta es la preclusión procesal del derecho por no oponerlo oportunamente en el juicio de divorcio. Es discutible que el juez pueda tener la facultad para proceder de oficio en estos casos. Más difícil todavía nos parece sostener que proceda demandar la compensación después de decretado el divorcio en otro juicio diferente. La ley no lo ha prohibido expresamente, pero su

¹⁸⁴ ROCA TRÍAS y GARCÍA CANTERO. Ambos citados por ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit., pp.136 y 137.

¹⁸⁵ En el mismo sentido, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, op. cit., p. 18. Y PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena, op. cit., p. 102.

¹⁸⁶ Así por ejemplo, PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena, op. cit., p. 104.

espíritu parece ser que todas las cuestiones que derivan de la extinción del matrimonio se concentren en el proceso de divorcio”¹⁸⁷.

En España, el carácter disponible de este instituto se complementa con el principio rogatorio (en el sentido que debe ser solicitada, es decir, no procede de oficio) del mismo, en el sentido que prima la autonomía de la voluntad de las partes, o en este caso del acreedor de tal derecho, a renunciar al mismo, incluso tácitamente al no solicitarlo.

Así, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 2 de diciembre de 1987, señala que “...es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales si se refiere la función tuitiva...Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregado al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sometimiento de la familia ni a la educación o alimentación de los hijos comunes ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende solo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio”.

3. PRESCRIPCIÓN.

En cuanto a la prescripción, la ley no señaló normas sobre este punto, por lo que cabe aplicar las normas generales, a saber, el artículo 2515 del Código Civil, que establece el plazo de tres años para las acciones ejecutivas y cinco años para las ordinarias¹⁸⁸.

En la legislación española, se ha estimado que siendo un derecho de contenido estrictamente patrimonial, sin duda es prescriptible. Estimando prácticamente la

¹⁸⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio, op. cit., p. 36. En similar sentido, estableciéndola como caducidad, RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Ley de matrimonio civil [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005].

¹⁸⁸ PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena, op. cit., p. 104.

generalidad de la doctrina civilista que si no se reclaman esas pensiones en el plazo de cinco años, se perderán definitivamente. El precepto alegado aquí como fundamento es, naturalmente, el artículo 1966.3º CC, cuyo tenor señala *“prescriben por el transcurso de cinco años las acciones para exigir el cumplimiento de las acciones cuyo pago deba hacerse periódicamente por años o en plazo más breve”*¹⁸⁹.

Lo que si se discute es si prescribe el derecho a solicitar la pensión compensatoria. Para parte de la doctrina no procede la prescripción, mientras se mantengan los supuestos. En cambio, otro sector de la doctrina estima que es prescriptible, aunque también se discute el plazo, así para algunos será el plazo de quince años (art.1964 CC), y para otros cinco años (1966 CC).

¹⁸⁹ SÁNCHEZ GÓNZALEZ, María. La extinción del derecho a la pensión compensatoria, Comares, Granada, España, 2005, p. 158.

CAPÍTULO V

RELACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL

1. RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA.

Descartada la naturaleza alimenticia de la compensación económica, creemos pertinente hacer un análisis comparativo de ambas instituciones, con la intención de establecer las principales diferencias y similitudes:

- Las normas legales que la regulan son distintas, en el caso de los alimentos las normas principales se encuentran en el Código Civil y la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, en el caso de la compensación económica, las normas de la Ley N° 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil, art. 61 a 66.
- El objeto, los alimentos deben habilitar al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social (art. 323 y 330 CC), en cambio, el objeto de la compensación, es la reparación del menoscabo económico sufrido por el cónyuge más débil durante el matrimonio (art. 61 NLMC).
- El monto de los alimentos es determinado por el juez (art. 333 CC), acreditado el título que lo habilita al alimentario para solicitarlo, sus necesidades y las facultades del alimentante (art. 329 CC); y el quantum de la compensación se determina por los cónyuges, y en subsidio por el juez, según los criterios del art. 62 NLMC, que sirven para determinar la existencia y cuantía del menoscabo.
- En la tasación de los alimentos se tomará en consideración las facultades del deudor (art. 329 CC), criterio que cierta parte de la doctrina ha entendido similar al del art. 62, en cuanto a la situación patrimonial, creemos que son distintos, ya que, en el caso de los alimentos se refiere al análisis del patrimonio del alimentante, en cambio, en la compensación se considerará el patrimonio de ambos cónyuges.

Sin embargo, nos parece que en ambos casos se permite al juez ponderar dichos antecedentes a efecto de fijar cantidades de acuerdo a las posibilidades reales del deudor, siendo una manifestación del principio de equidad.

- El tribunal competente en el caso de los alimentos es el del domicilio del alimentante o del alimentario, a elección de este último (art. 1º Ley N° 14.908) y en el caso de la compensación económica, el mismo tribunal que conoce del juicio de divorcio o nulidad, siendo competente para conocer de estos juicios el Tribunal de Familia del domicilio del demandado (art. 87 NLMC).
- Pueden ser acreedores del derecho de alimentos; El cónyuge, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, y el que hizo una donación cuantiosa de acuerdo a lo prescrito en el art. 321 CC¹⁹⁰; en cambio, el beneficiario de la compensación económica es exclusivamente el cónyuge que cumpla los requisitos del art. 61 NLMC.
- Los alimentos se pagan en cuotas o mesadas anticipadas (art. 331 CC), en cambio la idea es que la compensación se pague en un puro acto, y sólo excepcionalmente, en cuotas (art. 66 NLMC)¹⁹¹.
- En cuanto al pago de las cuotas se encuentra la principal similitud, ello por lo dispuesto en el art. 66 inciso 2º NLMC, que prescribe que en los casos que el monto de la compensación se fije en cuotas, estas se considerarán alimentos para el efecto de su cumplimiento, la discusión sobre los apremios, especialmente el arresto, ya ha sido analizado.

¹⁹⁰ Código Civil, artículo 321: *“Se deben alimentos:*

1º Al cónyuge;

2º A los descendientes;

3º A los ascendientes;

4º A los hermanos, y

5º Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue”.

¹⁹¹ Ley N° 19.947, artículo 66: *“Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable.*

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

- Los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario y no pueden modificarse si no existe un cambio de circunstancias (art. 332 CC), en cambio, la deuda de compensación no puede modificarse.
- El derecho de alimentos es irrenunciable (art. 334 CC), a diferencia de la compensación que es renunciable, de acuerdo a lo ya señalado.
- El derecho de alimentos no puede transmitirse por causa de muerte (art. 334 CC), la compensación es transmisible de acuerdo a las normas generales.
- El derecho de alimentos no puede venderse ni cederse a ningún título (art. 334 CC). El crédito que se genera una vez determinada la compensación, puede transferirse a cualquier título, ello por aplicación de las normas generales.
- Tanto los alimentos atrasados o devengados (Art. 336 CC), como la deuda por concepto de compensación pueden condonarse.
- Por último, el derecho de alimentos es imprescriptible, no obstante que las pensiones devengadas, si prescriben, y la deuda de compensación económica es prescriptible en conformidad a las reglas generales.

2. RELACIÓN CON LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES.

¿Influye el régimen patrimonial del matrimonio en la procedencia de la compensación económica?, la respuesta es categórica, no tiene injerencia el régimen pactado por los cónyuges, es decir, procede independiente si se ha casado bajo el régimen sociedad conyugal, pactado participación en los gananciales o separación total de bienes, de lo cual no sólo existe constancia expresa en las actas de la Ley N° 19.947, sino también se desprende de una interpretación sistemática con el artículo 80 de la Ley N° 20.255, sobre Reforma Previsional, en que se autoriza al juez a traspasar hasta el 50% de los fondos previsionales del cónyuge deudor al beneficiario “...cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio”.

Durante la tramitación de la ley se planteó la interrogante, en los siguientes términos¹⁹²:

¹⁹² BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 1747 y 1748.

Las indicaciones N° 175, de los Honorables Senadores señores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, y N° 176, del Honorable Senador señor Novoa, de carácter sustitutivo, precisan que la compensación tiene lugar cuando el aporte consistente en la mayor dedicación de uno de los cónyuges no queda reflejado equitativamente en la liquidación del régimen de bienes que existiere entre ello.

El Honorable Senador señor Chadwick manifestó que los autores de la indicación consideran que no sería prudente acordar una indemnización por el aporte al matrimonio del cónyuge que se ha dedicado al hogar, si existen gananciales o crédito de participación, que tienen por objetivo precisamente compensar sus esfuerzos. Podría sostenerse que habría un enriquecimiento injusto si se consintiera que el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar tenga derecho a la mitad de las adquisiciones del otro cónyuge y, además, a una compensación económica. La compensación sería justa, en cambio, cuando los cónyuges sean separados de bienes o, en general, cuando la distribución de los gananciales no refleje convenientemente la aportación del cónyuge económicamente más débil. Por eso, lo que se propone es efectuar primero la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, y, de acuerdo al resultado, hacer procedente la compensación económica, o denegarla.

Observó que el hecho de que uno de los cónyuges se dedique al cuidado del hogar está considerado en el régimen de la sociedad conyugal, porque todo lo que gana el marido ingresa a la sociedad y, en cambio, si la mujer tiene ingresos, se incorporan a su patrimonio reservado. Al liquidarse la sociedad conyugal, la mujer puede quedarse con los bienes de su patrimonio reservado, renunciando a los gananciales, en lugar de incorporarlo a la sociedad conyugal.

El Honorable Senador señor Espina discrepó de tales apreciaciones, por estimar que son dos materias distintas la liquidación del régimen de bienes que exista entre los cónyuges y el menoscabo económico que sufrió uno de ellos por haberse dedicado al cuidado del hogar.

Ese perjuicio se proyectará a futuro, porque no tendrá régimen de salud, ni jubilación, y tendrá que empezar a trabajar con una profesión abandonada hace muchos años o a una edad en que no conseguirá un trabajo bien remunerado. Destacó que la repartición de los gananciales no es un regalo, sino que el resultado de la liquidación de la sociedad que existió entre los cónyuges: se entrega lo que

corresponde a uno de los socios por derecho propio. En cambio, la compensación no persigue equilibrar patrimonios, sino que indemnizar a uno de los cónyuges por el menor incremento de su propio patrimonio, con vistas sobre todo a su subsistencia futura, en una evaluación que deberá hacerse en cada caso. El juez puede estimar que no corresponde la compensación, porque no se dan los supuestos legales.

La Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, señora Pérez, indicó que, efectivamente, la compensación procederá en forma independiente a la partición de bienes, porque propende a que, considerando lo que dejó de ganar el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar, tenga, al producirse la terminación del matrimonio, un punto de partida que equivalga a aquel en que se encontraría de no haber mediado esa dedicación preferente.

El Honorable Senador señor Viera-Gallo hizo presente que el artículo 63 NLMC determina cuándo procede la compensación económica y cómo se determina su cuantía. Entre esas reglas se cuentan, precisamente, las "fuerzas patrimoniales" de cada uno, vale decir, el patrimonio tomando en consideración la eventual liquidación del régimen de bienes que hubo entre los cónyuges.

El Honorable Senador señor Moreno coincidió en que la indicación se confunden dos aspectos: la compensación de la postergación económica que deriva de la dedicación que tuvo uno de los cónyuges al hogar y a los hijos y, por otra parte, su legítimo derecho a participar en los gananciales.

Así lo ha entendido la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de fecha 24 de septiembre de 2007, causa Rol 1656-2006, ha señalado "que no existe incompatibilidad para acceder a la compensación económica, la circunstancia que en forma previa a esta demanda de divorcio los cónyuges se hubieren separado totalmente de bienes y hubieren liquidado la sociedad conyugal existente, repartiéndose los haberes entre ellos, puesto que, la compensación económica establecida por la ley, no tiene vinculación alguna con el régimen patrimonial de los cónyuges, se trata de que no se produzca un desequilibrio económico entre ellos, el que se entiende no sólo por la falta de equiparidad patrimonial al momento de la disolución del matrimonio, sino también a las perspectivas económicas de uno y de otro".

Según el profesor Pablo Rodríguez, “este derecho plantea varias interrogantes. Desde luego, surge la duda de su procedencia cuando entre los cónyuges ha habido sociedad conyugal o participación en los gananciales, pues, en tal caso, los beneficios económicos deben ser compartidos, cualquiera que sea el cónyuge que obtuvo ventajas económicas. En principio, parece evidente que en este supuesto no hay nada que compensar. Sin embargo, pueden presentarse situaciones en que, a pesar del régimen de comunidad o participación, se genere un desequilibrio. Tal sucede, por ejemplo, si la mujer se dedica durante el matrimonio a una actividad remunerada o lucrativa, dejando en manos del marido preferentemente el cuidado de los hijos y las labores propias del hogar. En conformidad a lo previsto en el artículo 150 del Código Civil puede verse incrementado su “patrimonio reservado” y al extinguirse la sociedad conyugal, renunciando a los gananciales, conservará dicho patrimonio íntegramente para sí. Se dirá que el ejemplo es poco práctico, ya que en una sociedad como la nuestra en que predomina el “machismo”, no resulta fácil aceptar que el marido sustituya a la mujer en su rol tradicional. Es cierto, pero el cambio de las costumbres y el constante esfuerzo por identificar los roles en el matrimonio, no hace descartable que en el futuro esta situación pueda producirse. Puede también ocurrir que el trabajo ejecutado por el marido o por la mujer redunde en una valorización de sus bienes propios, en términos que la sociedad conyugal no participe de dichos beneficios, lo cual obrará en desmedro de las expectativas de cualquiera de los cónyuges. En consecuencia, creemos que no es posible excluir de plano el que pueda reclamarse esta compensación, aun en el caso de que entre los cónyuges exista un régimen de comunidad de bienes o participación en los gananciales, a pesar de que lo más frecuente será que esta compensación se reclame cuando ha habido un régimen de separación total de bienes durante el matrimonio”¹⁹³.

Para Pedro Vergara, “uno de los parámetros que debe seguirse para fijar la cuantía de la compensación es la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge reiterando entonces que se trata de un consorcio “entre los cónyuges” que amerita compartir lo que se obtuvo durante éste. Demostración de lo que vengo señalando lo constituye el hecho de que de existir sociedad conyugal es

¹⁹³ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Ley de matrimonio civil [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005]

muy difícil que proceda compensación económica, porque no existiría cónyuge “menoscabado económicamente”¹⁹⁴.

En similar sentido Gustavo Cuevas señala que “de acuerdo a la redacción de la ley, su historia fidedigna del establecimiento de la ley y el derecho comparado, la indemnización reparatoria procederá de manera independiente del régimen patrimonial de los esposos. Ese criterio resulta meridianamente claro tratándose de la separación de bienes, pero resulta muy difícil de aplicar en el caso de sociedad conyugal o participación en los gananciales, dado el carácter reparator que tiene estos regímenes en sí”¹⁹⁵.

También el juez debe considerar la situación patrimonial de ambos cónyuges. Se ha señalado que a este respecto el juez debe tener en cuenta los resultados de la liquidación del régimen de bienes de sociedad conyugal o participación en los gananciales que existiere entre ellos. Si la liquidación no ha sido hecha previamente ni es materia de la misma sentencia de divorcio, el juez debería hacer una anticipación imaginaria y aproximada de los resultados de dicha liquidación, para lo cual será necesario que las partes hayan aportado antecedentes sobre los bienes ingresados al régimen económico matrimonial, así como de las deudas¹⁹⁶.

3. COMPARACIÓN CON EL PATRIMONIO RESERVADO.

Nos parece interesante establecer algún tipo de relación entre la compensación económica y el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal. Recordemos que es aquel que corresponde a la mujer casada en sociedad conyugal, que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, separada de su marido, quien se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de la

¹⁹⁴ VERGARA VARAS, Pedro. La compensación económica producto del divorcio, La Semana Jurídica N° 273, del 30 de enero a 05 de febrero, Santiago, Chile, 2006, p. 7.

¹⁹⁵ CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo. Indemnizaciones reparatorias de la nueva ley de matrimonio civil (N° 19.947) y Regímenes matrimoniales, op. cit., p. 82.

¹⁹⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio, op. cit., p. 31.

profesión o trabajo remunerado, todo ello de acuerdo a lo prescrito en el art. 150 del Código Civil¹⁹⁷.

Precisamente el art. 61 NLMC, exige que el beneficiario de la compensación económica no haya realizado actividad remunerada o lucrativa, y el art. 150 CC exige trabajo remunerado de la mujer, durante la vigencia de la sociedad conyugal, y que se realice en forma separada de su marido¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Código Civil, artículo 150: “La mujer casada de cualquiera edad podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria.

*La mujer casada, que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, **se considerará separada de bienes** respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquiera estipulación en contrario; pero si fuere menor de dieciocho años, necesitará autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar los bienes raíces.*

Incumbe a la mujer acreditar, tanto respecto del marido como de terceros, el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo. Para este efecto podrá servirse de todos los medios de prueba establecidos por la ley.

Los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que pudieren interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios, fundada en la circunstancia de haber obrado la mujer fuera de los términos del presente artículo, siempre que, no tratándose de bienes comprendidos en los artículos 1754 y 1755, se haya acreditado por la mujer, mediante instrumentos públicos o privados, a los que se hará

referencia en el instrumento que se otorgue al efecto, que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido.

Los actos o contratos celebrados por la mujer en esta administración separada, obligarán los bienes comprendidos en ella y los que administre con arreglo a las disposiciones de los artículos 166 y 167, y no obligarán los del marido sino con arreglo al artículo 161.

Los acreedores del marido no tendrán acción sobre los bienes que la mujer administre en virtud de este artículo, a menos que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común.

Disuelta la sociedad conyugal, los bienes a que este artículo se refiere entrarán en la partición de los gananciales; a menos que la mujer o sus herederos renunciaren a estos últimos, en cuyo caso el marido no responderá por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada.

Si la mujer o sus herederos aceptaren los gananciales, el marido responderá a esas obligaciones hasta concurrencia del valor de la mitad de esos bienes que existan al disolverse la sociedad. Mas, para gozar de este beneficio, deberá probar el exceso de la contribución que se le exige con arreglo al artículo 1777”.

¹⁹⁸ RAMOS PAZOS, René. Derecho de familia, Tomo I, Editorial jurídica, Santiago, Chile, 2007, p. 277.

Si bien estos bienes producto de los bienes reservados, son bienes sociales sujeto a la condición que la mujer renuncie a los gananciales derivados de la sociedad conyugal, en caso que se produzca esta renuncia y la beneficiaria quisiera alegar que un determinado bien es de su patrimonio reservado, tendría que acreditar supuestos contradictorios; respecto a la compensación, que no realizó actividad remunerada, y respecto al patrimonio reservado, exactamente lo contrario.

Lo dicho se podría pensar que se aplica sólo a mujeres profesionales o de buenos ingresos, pero también se puede aplicar a las mujeres de menos recursos que adquieren una vivienda social, a través de un subsidio estatal¹⁹⁹.

Nos parece importante el tema dado que normalmente la adquisición de los bienes raíces por las mujeres que trabajan, se basa en el art. 150 del Código Civil, lo cual se consigna expresamente en la respectiva escritura pública, y que en ocasiones se protocolizan documentos tendientes a acreditar que realiza un trabajo (como liquidaciones de sueldo, boletas de honorarios o cotizaciones previsionales), y también, porque la inversión necesaria para la adquirir un inmueble, implica un alto costo, y usualmente va asociado a un crédito hipotecario de varios años.

4. COMPATIBILIDAD CON OTRAS INDEMNIZACIONES.

¿Pueden sumarse a esta compensación la demanda ordinaria de indemnizaciones de perjuicios?

La ley no regula expresamente esta cuestión, distanciándose de muchas legislaciones en que se establece, bien una norma de principio que las establece expresamente, bien una regulación detallada de ellas como en el caso francés.

Con todo, ello no significa que deban ser descartadas, pues el silencio nos reconduce a los principios generales de la responsabilidad que resultan plenamente

¹⁹⁹ Ley N° 18.196, artículo 41: *“La mujer casada beneficiaria del subsidio habitacional del Estado, **se presumirá separada de bienes** para la celebración de los contratos de compraventa, mutuo e hipotecas relacionados exclusivamente con la adquisición de la vivienda para la cual se les haya otorgado dicho subsidio”.*

procedente. Si se acredita el ilícito –divorcio por culpa- y el daño material o moral, ese perjuicio debe ser reparado, en conformidad al Derecho Común²⁰⁰.

En el mismo sentido, Pablo Rodríguez, ha señalado “resta por resolver si, al margen de este derecho, es posible deducir demanda por daños morales provenientes de un juicio de nulidad o divorcio, cuando este último se decreta por falta grave de uno de los cónyuges o por abandono del hogar común. A nuestro juicio, no hay duda alguna de que ello es procedente. En el día de hoy, tanto la doctrina como la jurisprudencia, aceptan que el daño moral indemnizable provenga de un incumplimiento contractual. Ello será particularmente frecuente tratándose de una relación matrimonial. El ocultamiento de un trastorno o anomalía psíquica que impida absolutamente formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; la ausencia de suficiente discernimiento y juicio para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio; el hacer creer al otro contrayente que se tiene un cualidad personal que, atendida la naturaleza y fines del matrimonio, ha sido determinante para otorgar el consentimiento; el haber empleado la fuerza; omitido la circunstancia de existir un vínculo matrimonial no disuelto; los malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o alguno de los hijos; la transgresión reiterada de los deberes de convivencia, socorro o fidelidad; etcétera, son hechos plenamente justificativos de un daño moral que no puede quedar impune. En consecuencia, el derecho a la compensación económica de que trata el artículo 61, sólo cubre una situación especial y singular, que no afecta los demás derechos que corresponden al cónyuge que fue objeto del hecho ilícito y antijurídico”²⁰¹.

Creemos que la compensación por su especial naturaleza, ya señalada, en cuanto sólo permite resarcir ciertos perjuicios económicos, derivados principalmente de no haber realizado actividad remunerada, es plenamente compatible con las acciones ordinarias de indemnización de perjuicios, ya sea, por otros daños económicos no considerados, o de perjuicios morales, e incluso como sólo se reparan perjuicios ocasionados durante el matrimonio, estimamos procedente la actio de in rem verso, a

²⁰⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, op. cit., p. 27.

²⁰¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Ley de Matrimonio Civil [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005]

efecto de obtener la restitución de un posible enriquecimiento injusto, derivado por ejemplo, de una convivencia anterior al matrimonio de larga data.

CAPÍTULO VI

EFFECTOS TRIBUTARIOS Y COMENTARIOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA

1. EFECTOS TRIBUTARIOS.

Otro tema confuso es el de si es tributable la compensación económica, es decir, si el monto obtenido por este concepto constituye renta en los términos del art. 2 N° 1 de la Ley de impuesto a la Renta, es decir, si se trata de un incremento de patrimonio y como consecuencia de ello, debe pagar impuestos.

Existen dos posibilidades para que estos ingresos sean excluidos del pago de impuestos: la primera, es consecuencia de la definición del art. 2 N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta, que señala se entenderá por renta “los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera sea su naturaleza, origen o denominación”, se colige que todo incremento de patrimonio es renta, en consecuencia si el ingreso no queda comprendido en esta definición queda exenta de impuesto.

La segunda, es que la propia ley lo califique de ingreso no constitutivo de renta, de acuerdo a lo prescrito por el art. 17 de la citada ley, que aunque se trate de un incremento de patrimonio, no tributa por ley.

Esta materia nos conduce a tratar de determinar la naturaleza jurídica de la compensación, tema de suyo complejo.

El profesor Jaime García, señala que “aplicando estas ideas a la compensación económica establecida por la Nueva Ley de Matrimonio Civil, pareciera que la conclusión debiera ser que estamos en presencia de una renta tributable. Sin duda se trata de un incremento de patrimonio para el cónyuge que la recibe, toda vez que se le está “indemnizando”, compensando, el menoscabo económico que sufrió por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, lo que le impidió desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo

hizo, pero en menor medida de lo que quería o podía. Vale decir, en el fondo se trataría de la indemnización por lucro cesante²⁰².

Concluye el mismo autor, “nos parece evidente que si la ley, en el fondo, está compensando las rentas que el cónyuge hubiese percibido de no haberse dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, esa compensación debiera ser considerada renta y, por lo tanto, tributable²⁰³”.

En medio de la confusión el Servicio de Impuestos Internos en el año 2005, dio la siguiente respuesta a la interrogante planteada “es tributable la compensación económica entregada al cónyuge al producirse un divorcio, puesto que la normativa vigente no define el tratamiento tributario, por lo que esta situación debe atenerse a lo dispuesto en la Ley de Renta, en el sentido que una compensación económica, luego del divorcio, constituye una “Renta”, vale decir, un incremento de patrimonio. Por lo que debe ser considerada dentro del artículo 20 N° 5, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, por tanto, es gravada con el impuesto de primera categoría y los impuestos personales que procedan²⁰⁴”.

Corresponde destacar que en el seno de la comisión legislativa, los Senadores señores Chadwick, Espina, Moreno, Romero y Silva dejaron constancia de la posición del Servicio Nacional de la Mujer en el sentido de estudiar la posibilidad de que la compensación económica para uno de los cónyuges, luego de producido el divorcio o la declaración de nulidad del matrimonio, no se considere renta para los efectos tributarios, materia que es de iniciativa exclusiva de Su Excelencia el Presidente de la República²⁰⁵.

Posteriormente el Servicio de Impuestos Internos, cambió de respuesta a la interrogante planteada, señalando expresamente que “la compensación económica

²⁰² GARCÍA ESCOBAR, Jaime. ¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva ley de matrimonio civil?, Revista Actualidad jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, N° 11, enero, Santiago, Chile, 2005, p. 178.

²⁰³ GARCÍA ESCOBAR, Jaime. ¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva ley de matrimonio civil?, op. cit., p. 178.

²⁰⁴ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, ¿Es tributable la compensación económica? [en línea] <www.sii.cl/preguntas_frecuentes/renta/001_002-1629.htm> [visitado el 03 de Junio de 2005].

²⁰⁵ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 1362.

entregada al cónyuge al producirse un divorcio, es un ingreso no constitutivo de renta, siempre que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del N° 1 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, se declare mediante sentencia judicial ejecutoriada. Conforme a los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, esta indemnización ha sido considerada por el SII como una indemnización por daño moral de aquellas a que se refiere el N° 1 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta²⁰⁶.

El Servicio a través de sus Oficios N° 4.605 y N° 4.606, ambos de fecha de 18 de noviembre de 2005, dispuso en relación con la compensación económica establecida por el artículo 61 de la Ley N° 19.947, que considerando que no existe otra categoría bajo la cual subsumir la denominada compensación económica, sólo resta considerarla, para efectos tributarios y frente a la Ley de la Renta, como daño moral, aclarando que con la misma se pretende compensar el sufrimiento o daño ocasionado en la esfera de los afectos o sentimientos del cónyuge que ha debido renunciar o postergar un proyecto personal de desarrollo profesional o laboral, daño que se manifiesta con ocasión del divorcio o nulidad del matrimonio, concluyendo ambos pronunciamientos que debe estimarse que dicha compensación económica tiene la calidad de un daño moral, esto es, de un ingreso no constitutivo de renta, siempre que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del N° 1 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, ella se declare mediante sentencia judicial ejecutoriada²⁰⁷.

En tal sentido, cabe señalar que no cumplen con este supuesto aquellas indemnizaciones que han sido establecidas mediante una transacción o avenimiento, aún cuando hubieren sido aprobados mediante resolución judicial, ya que en tal evento no cabe duda que la indemnización ha sido establecida por el instrumento que se somete a la aprobación judicial, y no por la sentencia misma. Se concluye entonces que las sumas recibidas por un cónyuge originadas en una indemnización convencional pactada con el otro mediante un avenimiento o transacción, de acuerdo

²⁰⁶ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, ¿Es tributable la compensación económica? [en línea] <www.sii.cl/preguntas_frecuentes/renta/001_002_1629.htm> [visitado el 14 de noviembre de 2007].

²⁰⁷ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Jurisprudencia Administrativa [en línea] <www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2007/renta/ja2890.doc> [visitado el 14 de noviembre de 2007]

a lo previsto en el artículo 63 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, constituye para la parte que la reciba un ingreso afecto a la tributación normal establecida en la Ley de la Renta, esto es, al impuesto de Primera Categoría y Global Complementario o Adicional, según proceda²⁰⁸.

Claramente compartimos el criterio del Servicio de Impuestos Internos, así como el expresado, por Jaime García, pero sólo en cuanto al considerar tributable los ingresos productos de la compensación, en comento. Pero no lo señalado en cuanto a la naturaleza jurídica, ya que si bien el tema es discutible, existe consenso estimar que no se puede considerar daño emergente y mucho menos daño moral, por los fundamentos expuestos en el apartado pertinente.

Tal como se señaló en la tramitación de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, tanto por el Servicio Nacional de la Mujer como por los parlamentarios que participaron en el debate, era imprescindible una ley que incluyera a la compensación en el art. 17 de la Ley de Renta.

Es así como con el 08 de febrero de 2008, se publicó la Ley N° 20.239, que libera del impuesto a la renta a las compensaciones económicas originadas al término del matrimonio, agregando un nuevo numerando al art. 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, por lo que se consideran ingresos no constitutivos de renta a las compensaciones económicas, ya sean convenidas por los cónyuges, en escritura pública, avenimiento o transacción, o decretadas por sentencia judicial²⁰⁹.

Es menester tener presente que la misma Ley N° 20.239, se pronuncia sobre su vigencia, estableciendo efecto retroactivo a la misma, señalando en su art. 2° que

²⁰⁸ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Jurisprudencia Administrativa [en línea] <www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2007/renta/ja2890.doc> [visitado el 14 de noviembre de 2007] en igual sentido, SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Jurisprudencia Administrativa [en línea] <www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2005/renta/ja1050.doc> [visitado el 14 de noviembre de 2007]

²⁰⁹ Ley N° 20.239, artículo 1°: *“Agrégase en el artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1° del decreto ley N° 824, de 1974, el siguiente número 31°:*

“31°.- Las compensaciones económicas convenidas por los cónyuges en escritura pública, acta de avenimiento o transacción y aquellas decretadas por sentencia judicial.”.

comenzará a regir desde la entrada en vigencia de la Ley 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil²¹⁰.

2. COMENTARIOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA.

De las sentencias estudiadas, podemos establecer las siguientes conclusiones:

- Existe una gran influencia de la doctrina civilista nacional, con cita de algunos autores como Carmen Domínguez, Ramón Domínguez, Carlos Pizarro y Mauricio Tapia, entre otros.
- La mayoría de los fallos coinciden en que se trata de una manifestación del principio de protección del cónyuge más débil.
- Exigen la concurrencia de los requisitos del art. 61 NLMC, los que se deben acreditar en juicio, en especial, el menoscabo económico.
- Excluyen expresamente la naturaleza alimenticia.
- Mayoritariamente, reconocen naturaleza indemnizatoria.
- Determinan que se trata de una reparación de un daño económico, y no de perjuicios morales.
- Se establece que la enumeración de los criterios para determinar la cuantía de la compensación, no es taxativa.
- Que procede el arresto nocturno como mecanismo de apremio para el pago de las cuotas.
- Minoritariamente, también se ha considerado lucro cesante y en algunos casos, una cierta presunción de menoscabo, sólo acreditando la existencia de hijos y el cuidado de ellos o del hogar común.

²¹⁰ Ley N° 20.239, artículo 2°: *“La presente ley regirá desde la entrada en vigencia de la ley N° 19.947, que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil”*.

CONCLUSIONES

1. La compensación económica es el principal mecanismo establecido por el legislador para proteger al cónyuge más débil.
2. El único efecto patrimonial que puede nacer con la terminación del matrimonio por divorcio o con la disolución mediante nulidad, es la compensación económica.
3. Los principales fundamentos de este instituto son: la protección del cónyuge más débil, el costo de oportunidad laboral, el menoscabo económico, la pérdida del estatuto protector del matrimonio, cierto reconocimiento a las labores domésticas y la equidad.
4. La naturaleza jurídica, es de indemnización objetiva, puramente legal, establecida por razones de equidad, lo que no es sinónimo de responsabilidad civil, por lo que no corresponde la aplicación supletoria de sus normas.
5. Los requisitos de existencia o de procedencia de la prestación son: sentencia firme en juicio de divorcio o nulidad de matrimonio, que uno de los cónyuges no haya realizado actividad remunerada o lo haya hecho en menor medida, dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común, y, el menoscabo económico.
6. El menoscabo económico, es todo detrimento de carácter económico, generado a uno de los cónyuges, durante el matrimonio, derivado de no haber podido realizar una actividad lucrativa, lo que no corresponde a nuestro juicio, al lucro cesante, sino a la pérdida de una oportunidad laboral y sus consecuencias.
7. El daño queda de manifiesto o desenmascarado con el retiro del estatuto protector del matrimonio, y se justifica por la valoración del sacrificio en pro de la familia común, y en abierto desmedro de su situación personal.
8. Los criterios o circunstancias establecidas por el legislador dicen relación con la pérdida o costo de oportunidad laboral, con excepción de la buena o mala fe, criterio agregado por nuestro legislador, para evitar que el cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio, después quiera reclamar compensación económica.
9. El daño está determinado por el costo de oportunidad laboral, por lo que el quantum debe establecerse a satisfacción de la víctima (similar a los casos de daño moral) pero para evitar injusticias, es menester aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

10. Es renunciable ex post, en el marco de la ruptura matrimonial, incluso tácitamente, sino no se ejerce el derecho en la oportunidad procesal (preclusión procesal o caducidad civil), aunque estimamos que no es posible la renuncia ex ante, es un derecho establecido a favor de uno de los cónyuges, una norma de orden público, irrenunciable para los cónyuges, y por otra parte, es el principal mecanismo de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, para proteger al cónyuge más débil.
11. Que la acción de compensación económica es dependiente y sólo puede ejercerse en el juicio de divorcio o nulidad, por lo que no puede ser demandada antes ni después del juicio tanto de nulidad como de divorcio, y en este último caso, y tratándose de un tipo de divorcio, denominado por la doctrina como causado, sino se acredita la causa se rechazará el divorcio y como consecuencia la compensación económica.
12. En cuanto los aspectos probatorios, resulta una empresa compleja acreditar el menoscabo económico, por lo que se propone reformar el art. 35 del Código Tributario para permitir que el Servicios de Impuestos Internos informe en las causas de compensación económica, y establecer la obligación del demandado de realizar una declaración de ingresos y patrimonio, con similares sanciones del art. 5 de la Ley N° 14.908.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO COMPARADO

1. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil, derecho de familia, v. 4, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.
2. FOSAR BENLLOCH, Enrique. Estudio de derecho de familia, t. II, v.1, Bosch, Madrid, 1982.
3. LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, Bosch, Barcelona, España, 1993.
4. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. Soluciones económicas en las situaciones de crisis matrimonial: La temporalidad de la pensión compensatoria en España. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
5. MONTERO AROCA, Juan. Separación y divorcio, tras la Ley 15/2005, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
6. ROCA TRÍAS, Encarna. Familia y cambio social (De la casa a la persona), Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
7. SAURA ALBERDI, Beatriz. La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
8. SÁNCHEZ GÓNZALEZ, María. La extinción del derecho a la pensión compensatoria, Comares, Granada, España, 2005.
9. WEIL, A. y TERRE, F. Droit Civil, Les Personnes, Dalloz, Paris, 1983.

10. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2003.

11. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución <www.nuevodivorcio.com/pensioncompensatoria.pdf> [visitado 15 de Noviembre de 2006].

DOCTRINA NACIONAL

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2005.

2. ANDREUCCI AGUILERA, Rodrigo. El menoscabo económico y el art. 62 de la ley de matrimonio civil [en línea] <www.uvm.cl/derecho/articulosacad.shtml?cmd%5B197%5D=i-197-40d365d96c6e0814bd7b203dba82de40> [visitado el 11 de julio de 2008].

3. BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno, LexisNexis, Santiago, Chile, 2004.

4. CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena, Revista Chilena de Derecho Privado, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 3, Santiago, Chile, 2004.

5. CORRAL TALCIANI, Hernán. Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil, Revista de Derecho Privado, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 2, Santiago, Chile, 2004.

6. CORRAL TALCIANI, Hernán. Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial, La Semana Jurídica, N° 320, Santiago, Chile, 2006.

7. CORRAL TALCIANI, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 34, N° 1, Santiago, Chile, 2007.
8. COURT MURASSO, Eduardo. Nueva ley de matrimonio civil, Ley 19.947 de 2004, analizada y comentada, Legis Chile S.A., Bogotá, 2004.
9. CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo. Indemnizaciones reparatorias de la nueva ley de matrimonio civil (N° 19.947) y regímenes matrimoniales, Curso de actualización jurídica. Nuevas tendencias derecho civil, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2004.
10. DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, Revista Actualidad Jurídica, año VII, N° 15, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2007.
11. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Seminario del Colegio de Abogados. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, charla efectuada 13 de octubre, Santiago, Chile, 2005.
12. GARCÍA ESCOBAR, Jaime. ¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?, Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, N° 11, Santiago, Chile, 2005.
13. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Seminario Colegio de Abogados, Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, charla efectuada el 20 de octubre, Santiago, Chile, 2005.
14. LEPIN MOLINA, Cristián. Breve estudio sobre la sana crítica, Gaceta Jurídica, N° 319, Santiago, Chile, 2007.

- 15.** LEPIN MOLINA, Cristián. Incumplimiento de la obligación alimenticia, La Semana Jurídica, N° 341, sección doctrina civil, Santiago, Chile, 2007.
- 16.** LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Compensación económica en la nulidad y el divorcio, Librotecnia, Santiago, Chile, 2006.
- 17.** MATURANA MIQUEL, Cristian. Seminario nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947, Colegio de Abogados, 01 de Junio, Santiago, Chile, 2004.
- 18.** ORREGO ACUÑA, Juan. La compensación económica en la ley de matrimonio civil, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año VIII, N° 8, Santiago, Chile, 2004.
- 19.** PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Seminario Colegio de Abogados. Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947, charla efectuada 1 de junio, Santiago, Chile, 2004.
- 20.** PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. El enriquecimiento sin causa, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 2, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1996.
- 21.** PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena, Revista Chilena de Derecho Privado, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, N° 3, Santiago, Chile, 2004.
- 22.** PRADO LOPEZ, Pamela. Repercusiones económicas en la crisis matrimonial, Revista Escuela de Derecho Universidad del Mar, Valparaíso, 2005.
- 23.** RAMOS PAZOS, René. Aspectos destacados de la Ley 19.947, sobre matrimonio civil [en línea] <<http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm> > [visitado el 12-07-05].
- 24.** RAMOS PAZOS, René. Derecho de familia, t.I, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2007.

- 25.** RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Ley de matrimonio civil [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005]
- 26.** TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Entrevista sobre La compensación económica, La Semana Jurídica, N° 271, Santiago, Chile, 2006.
- 27.** TURNER SAELZER, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. Revista de Derecho Universidad Austral, v. 16, Valdivia, 2004.
- 28.** TURNER SAELZER, Susan. Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función, en estudios de derecho civil, jornadas nacionales de derecho civil, LexisNexis, Valdivia, 2004.
- 29.** TURNER SAELZER, Susan. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, v.32, Santiago, Chile, 2005.
- 30.** VENEGAS ORTIZ, Pablo y VENEGAS ALFARO, Andrés. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2007.
- 31.** VELIZ MÖLLER, Patricio. Divorcio, nulidad y separación, los caminos frente a la ruptura, Santiago de Chile, Cerro Manquehue, Santiago, Chile, 2004.
- 32.** VELOSO VALENZUELA, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica, Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, N° 13, Santiago, Chile, 2006.
- 33.** VERGARA VARAS, Pedro. La compensación económica producto del divorcio, La Semana Jurídica, N° 273, Santiago, Chile. 2006.

34. VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica en la ley de matrimonio civil ¿un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?, Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, año LXXII N° 215-216, Ene/Dic, Concepción, 2004.

35. VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2006.

36. ZAVALA ORTIZ, José y MONTECINOS FABIO, Carolina. *Jurisprudencia divorcio*, PuntoLex S.A., Santiago, Chile, 2006.

LEYES

1. CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.

2. CÓDIGO CIVIL CHILENO.

3. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

4. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS.

5. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

6. CÓDIGO TRIBUTARIO.

7. LEY N° 14.908 “Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias”.

8. LEY N° 18.196 “Normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria”.

9. LEY Nº 19.947 “Nueva Ley de Matrimonio Civil”.

10. LEY Nº 19.968 “Crea los Tribunales de Familia”.

11. LEY Nº 20.239 “Libera del Impuesto a la Renta a las Compensaciones Económicas Originadas al Término de un Matrimonio”.

12. LEY Nº 20.255 “Establece Reforma Previsional”.

13. LEY Nº 20.279 “Reajusta monto del Ingreso Mínimo Mensual”.

OTROS DOCUMENTOS

1. ANTECEDENTES Y TEXTOS DE LA LEY Nº 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL Y OTRAS, Diario Oficial, Santiago, Chile, 2004.

2. BOLETÍN DEL SENADO Nº 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

3. INSTITUTO LIBERTAD y DESARROLLO. Divorcio Unilateral Empeora la Situación de la Mujer [en línea] <<http://www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio>> [visitado el 10 de Junio de 2005]

4. PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO CIVIL ARGENTINO EXPEDIENTE 0759-D-2006 [en línea] <<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0759-D-2006>> [visitado el 17 de noviembre de 2007].

5. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, ¿Es tributable la compensación económica? [en línea] <www.sii.cl/preguntas_frecuentes/renta/001_002-1629.htm> [visitado el 03 de Junio de 2005].

6. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Jurisprudencia Administrativa [en línea] <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2005/renta/ja1050.doc> [visitado el 14 de noviembre de 2007].

7. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Jurisprudencia Administrativa [en línea] <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2007/renta/ja2890.doc> [visitado el 14 de noviembre de 2007].