

Cristián Luis Lepin Molina

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

**EFFECTO PATRIMONIAL DE
LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO**



**EDITORIAL
JURÍDICA
DE CHILE**

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© CRISTIÁN LUIS LEPIN MOLINA

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4º piso, Santiago de Chile

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 193.179, año 2010
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
en el mes de julio de 2010

IMPRESORES: Editora e Imprenta Maval Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-2041-2

CRISTIÁN LUIS LEPIN MOLINA

LA COMPENSACIÓN
ECONÓMICA

EFFECTO PATRIMONIAL DE LA
TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO



www.editorialjuridica.cl

*A mi señora, Vanessa,
y a nuestra pequeña María José.*

ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
BGB	Código Civil alemán
CC	Código Civil
CPC	Código de Procedimiento Civil
inc.	Inciso
IPC	Índice de Precios al Consumidor
LMC	Ley de Matrimonio Civil
LTF	Ley de Tribunales de Familia
Nº	Número
NLMC	Nueva Ley de Matrimonio Civil
ob. cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
sgtes.	Siguientes
t.	Tomo
v.	Volumen



PRÓLOGO

La obra *La compensación económica: Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, del autor Cristián Lepin Molina, fue concebida y elaborada como tesis de Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado. Estuvo bajo mi dirección y fue aprobada con distinción máxima.

Se trata de una investigación seria, desarrollada durante varios años en el seno de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y para efectos de esta publicación, enriquecida con aportes novedosos sobre la tributación de la compensación y la posibilidad de tener participación en los fondos de pensiones del cónyuge que adeuda la compensación económica.

La compensación económica –tema central de la obra– es una institución jurídica incorporada por la Nueva Ley de Matrimonio Civil (NLMC) de 2004 y constituye uno de sus principales aportes. Esta ley significó un avance en materia de derecho de familia, pues, entre otras cosas, reconoció las transformaciones que ha experimentado la sociedad en los ámbitos de la familia, el matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges entre sí y los hijos, durante el matrimonio y después de su ruptura. Para ello, actualizó las normas que regulan el matrimonio, las formas de ponerle término, los derechos de los separados, divorciados, anulados y de los hijos, en conformidad con los valores imperantes en las sociedades del siglo XXI.

Agreguemos que esta ley es fruto del debate y armonización de las distintas posiciones valóricas representadas en el Parlamento, lo que se traduce en normas que responden a diferentes intereses



y valores, sin que exista, necesariamente, una sola visión que la inspire y que le sirva de elemento aglutinador. Puede decirse, entonces, que la Nueva Ley de Matrimonio Civil (NLMC) ofrece soluciones para las crisis matrimoniales, de acuerdo con situaciones específicas que antes no se consideraban. Así, si uno o ambos cónyuges no quieren seguir juntos, pero, por razones religiosas o de otra índole, no quieren poner fin radicalmente al matrimonio, podrán seguir casados pero separados judicialmente. Si uno o ambos no desean seguir casados, pero, por razones religiosas, tampoco quieren divorciarse, podrán optar por la nulidad de matrimonio. Si los cónyuges deciden poner término al matrimonio, podrán optar por el divorcio con disolución de vínculo.

El divorcio con disolución de vínculo permite poner fin al matrimonio, sea porque existe una causa (divorcio sanción), sea porque los cónyuges, de común acuerdo, deciden ponerle fin, por haber cesado la convivencia a lo menos durante un año o porque uno de ellos, después de tres años de cese de la convivencia, demanda unilateralmente el fin del matrimonio.

Por otra parte, esta ley establece como principio rector la protección de la familia, señalando que, aunque el matrimonio termine, ella continúa. De este principio se extraen otros, como la protección al matrimonio, a los hijos y al cónyuge más débil. Dice el artículo 3° de la Ley N° 19.947: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”.

¿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”¹. En otros términos, la ley nos remite a la realidad concreta de cada caso.

Es en el contexto de protección al cónyuge más débil que la ley incorpora la figura central de este libro: la compensación económica. Esta opera en beneficio del cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o que lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. El caso típico es el del cónyuge que se dedicó de preferencia al

¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de matrimonio civil*, publicación Colegio de Abogados, 2005, p. 3.

cuidado de los hijos y administración del hogar. Este cónyuge tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

La aplicación de la compensación económica no ha sido pacífica respecto de los requisitos de procedencia, su naturaleza jurídica, la noción de menoscabo y los parámetros para fijar su cuantía. Tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se discuten estos temas. De ahí la importancia de este libro, que ofrece un análisis de la aplicación de esta institución y de los dos modelos que fueron su antecedente: el modelo español y el modelo francés. En el pertinente capítulo brinda una visión integral de este derecho en otras legislaciones, con énfasis en esos dos referentes. Esto permite apreciar las diferencias y las semejanzas existentes y, tal como dice el autor, reconocer la especificidad de nuestro derecho a compensación, con el correspondiente descarte de conceptos ajenos a nuestra realidad, como los de desequilibrio económico o disparidad económica.

De este modo, por primera vez se plantea la compensación económica como un efecto patrimonial específico de la terminación del matrimonio, marcando la diferencia con los otros efectos. El análisis de esta institución empieza a partir del artículo 60 de la NLMC, que consagra el retiro o pérdida del estatuto protector del matrimonio, generando un efecto extintivo de las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se fundan en su existencia.

En cuanto a las principales cuestiones dogmáticas, el análisis de los fundamentos del derecho se inspira principalmente en el principio de equidad, pero agregando otros elementos, como el costo de oportunidad laboral y el reconocimiento a las labores del hogar. Esto es un real aporte, dado lo dispuesto en el artículo 61 de la NLMC, que exige como requisitos de procedencia de la compensación económica, haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, y que uno de los cónyuges no haya podido desarrollar actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio. Al incorporar estos requisitos, se consagra un derecho bastante más específico, en relación con los modelos tenidos a la vista al momento de legislar.



En un sentido similar, y siendo absolutamente consecuente, el autor analiza la naturaleza jurídica de la compensación económica, realizando un completo análisis de la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera. En este punto, apartándose de la opinión mayoritaria de la doctrina nacional, planteando que la naturaleza jurídica corresponde a una indemnización legal o sin culpa, con lo cual se hace cargo de las críticas a los postulados de carácter indemnizatorio, por un lado, de la inexistencia del elemento subjetivo, determinado por el dolo o culpa, y por otro, la exigencia de que el daño debe provenir de un hecho del agente. Reproduciendo modernas doctrinas que reafirman la reparación de los daños no sólo en los casos de hechos dolosos o culpables, sino que también teniendo en cuenta otros factores, como la protección de la confianza, la justicia distributiva y otras semejantes de matiz social, como la protección del más débil o al que padece el mayor daño, que han de estar basados en la equidad.

Otro de los aportes de esta obra está consignado como la obligación de los cónyuges de procurarse su propio mantenimiento una vez terminado el matrimonio. Se descarta, de este modo, la visión alimenticia o asistencial de este derecho. Es decir, la pretensión de quienes lo ven como la posibilidad de obtener un lucro, o un derecho a equilibrar patrimonios o mantener un nivel de vida.

Resulta clarificador el estudio de los distintos criterios establecidos por el legislador, distinguiendo entre los que sirven para determinar la procedencia del artículo 61 de la NLMC, para determinar la cuantía del artículo 62 de la NLMC, y para establecer la relación entre ambas disposiciones. Todo esto con base en un minucioso estudio de la doctrina y la jurisprudencia existentes hasta la fecha.

Se hace cargo el autor del discutido tema referente al menoscabo económico, distanciándose bastante de los conceptos de desequilibrio económico o disparidad económica, consagrados en España y Francia. Tras definirlo como todo daño o perjuicio patrimonial derivado de no haber podido desarrollar actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, reduce dicho menoscabo a la pérdida de una oportunidad laboral, marcando diferencia con el lucro cesante, que es un daño futuro.

El autor no descuida la parte “práctica” del tema, pues aborda los distintos aspectos de este derecho, tanto sustantivos como procesales, que van desde la oportunidad para solicitarlo hasta

sus aspectos probatorios, formas de pago, apremios en caso de incumplimiento, formas de garantizar su pago, e incluso sus efectos tributarios.

También propone algunas reformas. Entre estas, una relativa al deber de los jueces de informar sobre la existencia de este derecho en la audiencia preparatoria, consagrado en el artículo 64 de la NLMC. Según el autor, esto debería mantenerse, pero en la resolución que provee la demanda, para respetar el procedimiento y resguardar los derechos del cónyuge más débil. Además, propone dos modificaciones para facilitar la prueba en esta materia. La primera, para reformar el artículo 35 del Código Tributario, permitiendo al Servicio de Impuestos Internos informar en todas las causas de familia y no sólo en los juicios de alimentos; la segunda, para establecer una norma similar al artículo 5° de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, de modo que el demandado deba acompañar al juicio toda la documentación necesaria para acreditar sus ingresos y patrimonio, o eventualmente, realizar una declaración jurada.

Por último, el libro contiene un interesante análisis comparativo del derecho a compensación económica, con otras instituciones o derechos, como el de alimentos, los regímenes patrimoniales del matrimonio, el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, la declaración de bien familiar y la compatibilidad con otras indemnizaciones.

Es, en definitiva, una obra muy bien construida, con un completo análisis de la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, con un cabal y maduro dominio del tema. Puede ser muy útil el completo y actualizado listado de jurisprudencia citada, incluido al final de la obra, así como los anexos, donde se incluyen las principales normas que regulan la materia, en sus distintos aspectos: civiles, tributarios e incluso previsionales.

Sin duda, es un aporte a la dogmática jurídica y, asimismo, una referencia obligada para los operadores del derecho.

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS
Doctora en Derecho Universidad Complutense
Profesora Titular Derecho Civil



INTRODUCCIÓN

La publicación de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil (NLMC), incorporó a nuestra legislación de familia una serie de instituciones y derechos, los que han generado un gran impacto en la sociedad chilena. Quizás el más relevante dice relación con establecer por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el divorcio con disolución de vínculo, lo que ha implicado un cambio significativo en el derecho matrimonial chileno, que ha trascendido las distintas esferas de nuestra sociedad.

Durante la tramitación de esta ley, por casi diez años, se analizaron las distintas consecuencias que ha generado el divorcio en otras latitudes, siendo una de las preocupaciones fundamentales la situación en que quedaban los miembros del grupo familiar luego de la ruptura. Especial preocupación existió por la situación de la mujer, y principalmente por aquellas mujeres que han dedicado sus mejores esfuerzos a cuidar a sus hijos y a las tareas del hogar, sin haber realizado trabajo remunerado que le permita afrontar con cierta tranquilidad el futuro.

En este contexto, el legislador establece el derecho a compensación económica, para proteger al cónyuge más débil, teniendo en consideración la experiencia de países como España y Francia, que tienen una institución similar hace más de dos décadas.

En esta obra se pretende dar una visión integral, coherente y crítica de esta nueva institución, que ha generado gran confusión y muchas interrogantes en la mayoría de la doctrina y jurisprudencia.

En el Capítulo I se estudia la situación en la legislación de otros países, principalmente, los casos de España y Francia, que



son los modelos relevantes de derecho comparado, además de revisar someramente los casos de Alemania y Argentina, que como se podrá apreciar son bastante distintos a la regulación de nuestra compensación.

El Capítulo II está destinado a analizar los principales antecedentes de la compensación económica, especialmente, el debate generado en el Congreso Nacional, se plantea nuestra posición en cuanto el derecho de compensación económica es un efecto patrimonial que puede generar la ruptura.

En el Capítulo III se define este derecho, se plantean sus principales cuestiones dogmáticas, como son sus fundamentos y su naturaleza jurídica, además de analizar la obligación de cada persona de proporcionarse su sustento, y la determinación del quantum de esta prestación.

En el Capítulo IV se analizan sus aspectos más relevantes, como la oportunidad para solicitar este derecho, los casos en que procede, sus requisitos de procedencia y los distintos criterios para establecer su cuantía, algunos aspectos probatorios, quién determina su monto, su forma de pago, garantías y apremios para obtener su cumplimiento, y por último, los casos en que se puede rebajar o denegar.

El Capítulo V está referido al crédito que se genera una vez otorgado este derecho, su posible renuncia, ya sea antes del matrimonio (*ex ante*), es decir, en las capitulaciones matrimoniales, o durante la tramitación del juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio (*ex post*), además de la posibilidad de prescripción del derecho.

En el Capítulo VI se establece su relación con otras instituciones del Derecho Civil, como la obligación alimenticia, los regímenes patrimoniales, el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, bienes familiares, y la posible compatibilidad con otras indemnizaciones, ya sea, por daño moral u otros daños patrimoniales.

Finalmente, en el Capítulo VII se analizan sus efectos tributarios y se comenta la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia.

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.

Por último, hemos considerado el estudio global de la compensación intentando abordar el tema tanto en sus distintos aspectos civiles como procesales, sin dejar de lado los importantes aspectos prácticos, los que en definitiva van dando cuerpo a las diversas instituciones jurídicas.

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

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



LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO COMPARADO²

1. ASPECTOS GENERALES

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. Es decir, se busca reparar los daños que la terminación del matrimonio por divorcio o la disolución del mismo por nulidad puedan generar en uno de los cónyuges, e incluso en algunas legislaciones, como la española, se establece una compensación en los casos de separación judicial, situación algo curiosa si se considera que se mantiene vigente el matrimonio y subsisten las obligaciones derivadas de dicha unión.

Por tanto, se parte de una premisa generalmente aceptada, que el quiebre de la relación de pareja, y muy especialmente el divorcio, genera pobreza, principalmente en la mujer;³ de hecho, este fue uno de los principales argumentos de quienes, en su momento, se opusieron a legislar sobre el divorcio unilateral.⁴ 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.

² Véase LEPIN MOLINA, Cristián, “La compensación económica en el derecho comparado”, *Revista Gaceta Jurídica*, N° 344, Santiago, Chile, 2009.

³ ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pp. 149 y sgtes.

⁴ Así, INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, en “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.



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”.⁵

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, 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, mediante un proceso judicial, donde no se exige más que la expresión de voluntad de los cónyuges, como ocurre, por ejemplo, en las legislaciones francesa y española.⁶

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

⁵ CARBONNIER, Jean, citado por FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudio de derecho de familia*, t. II, v.1, Bosch, Madrid, 1982, p. 389.

⁶ 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...”.

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”.⁷

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 concreto.⁸

De esta forma, asumida la realidad que implica la ruptura matrimonial, y en la búsqueda de soluciones, en el derecho comparado se han intentado las siguientes alternativas: fijar una pensión de alimentos, una indemnización por los perjuicios generados por la ruptura o en algunos casos compatibilizar dichas opciones. Con carácter exclusivamente de pensión de alimentos, por ejemplo, Suiza y Argentina; con carácter indemnizatorio, Canadá, y combinando ambas posibilidades, Alemania e Inglaterra.

Por último, creemos que existen dos rasgos comunes en las fórmulas expresadas: en primer lugar, son 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 de la compensación son muy similares.⁹

Los elementos que más se repiten son: la duración del matrimonio y de la convivencia, la edad y el estado de salud de los cónyuges, la dedicación a la familia, la contribución a las actividades del otro cónyuge, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral.

⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2003, p. 26.

⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., pp. 26 y 27.

⁹ Así, por ejemplo, el art. 271 del Código Civil francés, art. 97 del 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, y el art. 62 de la Ley N° 19.947 de Chile, del año 2004.



Es preciso consignar que esta enumeración constituye *numerus apertus*, es decir, puede considerarse el juez otros criterios o circunstancias, no mencionados en dichas disposiciones.

Del estudio realizado podemos señalar que cada país ha dado su propio sello a la que hemos denominado fórmula para tratar de solucionar las consecuencias económicas que genera la ruptura matrimonial. Nos parece que no existen dos instituciones iguales, así, y a modo de ejemplo, el legislador español se basó principalmente en las legislaciones italiana, *el assegno per divorzio*,¹⁰ y la francesa, *la prestation compensatoire*,¹¹ con las cuales tiene importantes diferencias que van desde la denominación hasta la forma de pago, la duración, la posibilidad de sustitución y de extinción, entre otras.

Como el objeto de este capítulo es dar una visión de esta institución en la legislación comparada, a continuación se hace una descripción de este instituto en España y Francia, por ser los modelos tenidos a la vista por nuestro legislador durante la tramitación de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, donde se establece por primera vez el derecho a una compensación económica, y someramente lo que sucede en Alemania, donde se regula, por un lado, una pensión alimenticia y una compensación por los derechos previsionales, y por último, la situación en la legislación argentina, en la que se establece una pensión de alimentos posterior al divorcio, en ciertos casos.

2. PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO ESPAÑOL¹²

La pensión compensatoria está regulada en los arts. 97 a 101 del Código Civil;¹³ en estas normas, se prescriben los requisitos, casos en que procede, las circunstancias para determinar su importe, la sustitución, modificación y el cese de la misma.

¹⁰ Ley italiana, de 1 de diciembre de 1970, artículo 5°.

¹¹ Código Civil francés, artículos 270 y sgtes.

¹² Véase LEPIN MOLINA, Cristián, "La pensión compensatoria en el derecho español", *Revista del Magister y Doctorado*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 2, Santiago, Chile, 2008.

¹³ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, 28ª ed., actualizada, Civitas, Navarra, 2005.

La Ley 30/1981, de fecha 7 de julio, introduce la institución de la pensión compensatoria (también denominada pensión por desequilibrio), que modifica el régimen del matrimonio en el Código Civil español y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio.

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, si se podía 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 CC 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”.

De esta forma, la ley española busca compensar al cónyuge que se encuentra en una posición de desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación que disfrutaba constante el matrimonio.

2.1. CARACTERES

Dentro de sus características se encuentra que:

- Es una obligación legal, establecida para los casos de separación y divorcio.
- Se excluye el criterio de culpa, no se trata pues de una sanción al cónyuge culpable, más bien se atiende a criterios objetivos, derivados del citado desequilibrio económico.
- Se devenga una vez que la sentencia queda firme, es decir, esta institución nace con la ruptura del matrimonio.
- Es renunciable, tratándose de un derecho de carácter pecuniario, establecido a favor de uno de los cónyuges, sin duda este puede renunciar. Se ha discutido el punto si es posible la renuncia



anticipada. Así, para Encarna Roca es perfectamente posible, y para otros, como García Cantero, es de derecho necesario, indisponible para las partes, salvo cuando ya ha sido fijada.¹⁴

– Debe ser alegada (principio rogatorio), es decir, debe ser solicitada por el cónyuge beneficiario, y no puede decretarse de oficio por el juez. Según Beatriz Saura, “la pensión, consecuentemente con el principio de justicia rogada que preside nuestros procesos civiles, ha de ser solicitada en el pleito, en tanto no puede acordarse por el juez de oficio”.¹⁵

2.2. PRESUPUESTOS

Para determinar cuáles son los presupuestos de la pensión, es menester tener a la vista el art. 97.1 del CC español, que 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...”. De esta disposición se puede extraer que para obtener esta compensación se requiere:

2.2.1. *Existencia de una sentencia firme en juicio de separación o divorcio*

Aunque en estricto rigor y según el artículo citado se puede regular tanto en la sentencia como en el convenio regulador, es indispensable que se decrete la separación o el divorcio, porque esta institución surge precisamente con el quiebre matrimonial.

En los casos de nulidad de matrimonio procede la indemnización al cónyuge de buena fe del art. 98¹⁶ del mismo Código.

¹⁴ ROCA TRÍAS, Encarna, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, *Revista de Derecho Privado*, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 644; GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, artículos 97 a 101, v. 1, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 433 y 438.

¹⁵ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 65.

¹⁶ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, artículo 98: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

Resulta obvio que para que se declare por los tribunales competentes tanto la separación como el divorcio se requiere de un vínculo matrimonial válido.

Por otra parte, la renuncia expresa en juicio de separación tiene plena eficacia en el posterior juicio de divorcio.

2.2.2. Desequilibrio económico

Este presupuesto es requisito indispensable para otorgar la pensión compensatoria. Viene a ser el objeto de la misma, en el sentido de que es el que justifica su existencia. Como consecuencia, si no hay desequilibrio, no hay compensación.

Ahora bien, una vez que se produce la ruptura de la vida en común por separación o divorcio, cada uno de los cónyuges tendrá que subvenir a sus necesidades mediante sus propios recursos, y es aquí donde puede surgir el desequilibrio que dé nacimiento al derecho a la pensión.

De acuerdo con el art. 97 CC español, dos serían los elementos integrantes del desequilibrio: por una parte, ha de tratarse de desequilibrio relativo, en cuanto ha de afectar a la posición económica de un cónyuge en relación con la mantenida por el otro; de otra, ha de implicar un deterioro respecto de la situación económica anteriormente disfrutada durante el matrimonio.¹⁷

Surge aquí la duda si las circunstancias enumeradas en el art. 97 CC forman parte de la noción de desequilibrio. Existen dos posiciones: las objetivas, que defienden la mera oportunidad de la comparación de patrimonios y la concesión de la pensión cuando uno es inferior a otro, ya que las circunstancias del art. 97 CC lo son sólo para la fijación de la cuantía, y las subjetivas, que exigen para la determinación de la existencia del desequilibrio la valoración de todas las circunstancias del art. 97 CC, que no sólo son relevantes para la cuantificación de la pensión, sino también para el reconocimiento del derecho.¹⁸

¹⁷ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005, pp. 25 y 26.

¹⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 177.



En este orden de ideas, Carlos Lalana señala que “pueden incluirse dentro del desequilibrio las circunstancias enumeradas en el art. 97, puesto que para conocer el empeoramiento del esposo acreedor de la pensión se necesitará acudir a las circunstancias nombradas en el susodicho artículo, que también servirán para cuantificar la pensión”.¹⁹

Según Teresa Marín, “hasta hace unos años, el desequilibrio económico ha venido siendo valorado por los tribunales españoles, atendiendo mayoritariamente a un criterio objetivo de acuerdo con el cual las circunstancias del art. 97 debe tenerlas en cuenta el juzgador para fijar el quantum de la pensión, pero no para la concesión de la misma”. El papel del juez, según se ha destacado, queda reducido “a la mera comparación del patrimonio de uno y otro cónyuge, de forma que cuando el de uno de ellos fuera inferior al del otro e inferior también a aquel del que podía disponer durante la vida matrimonial el juez entendía que existía derecho a pensión a favor del perjudicado, sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia”.²⁰

En cualquier caso, se interpreten los referidos requisitos del art. 97 CC siguiendo los criterios de cualquiera de las dos teorías señaladas, subjetiva u objetiva, resulta necesario acreditar la existencia de desequilibrio en el procedimiento en que se reclame la prestación compensatoria. En tal sentido, la Audiencia Provincial de Madrid estima que “conocida y aceptada es la argumentación de que el equilibrio económico no se presume sino que se ha de probar cumplidamente, sin que sea de referencia única y válida la del reconocimiento anterior de este derecho, y la carga de la prueba incumbe a quien insta el beneficio conforme al art. 1124 CC”.²¹ Se entiende que la referencia es al desequilibrio, ya que es lo que se debe acreditar.

¹⁹ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, España, 1993, p. 38.

²⁰ 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. 98.

²¹ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 138.

2.2.3. *Empeoramiento de la situación del cónyuge beneficiario*

Respecto del requisito del empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio, el referente no es a la posición del otro cónyuge, sino a la situación anterior *en el matrimonio*, que no es lo mismo que la situación anterior al matrimonio.

La jurisprudencia ha considerado este empeoramiento como el descenso en el nivel de vida precedente, en la forma de vida, que tenga cierta relevancia. No basta con que uno se encuentre en situación de pobreza, sino que es preciso que esas mismas condiciones no le afectaran ya durante la etapa de normal convivencia matrimonial y que no las padezca también el otro.²²

La jurisprudencia determina que el desequilibrio debe tener su origen o causa en la separación o el divorcio, como se afirma en sentencias de Audiencia Territorial de Bilbao, de 11 de noviembre de 1982 y 31 de marzo de 1983. Es claro que el empeoramiento debe realizarse respecto de la situación anterior en el matrimonio, pero el momento para apreciar el tenor de vida conyugal debe referirse, según la opinión dominante en los tribunales, al último período de convivencia conyugal.²³

2.2.4. *Relación causal*

Otro requisito que ha de reunir el desequilibrio económico entre los cónyuges para determinar el derecho a una pensión a favor del más desfavorecido, es que la separación o el divorcio sea la causa directa del desequilibrio. Es decir, se exige una relación de causa a efecto entre la separación o el divorcio y el desequilibrio, como requisito indispensable derivado del art. 97 CC.²⁴

²² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 183.

²³ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 42.

²⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 18.

2.3. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Según el art. 97 CC, a falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

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

Por último, la resolución que fije el monto de la pensión determinará las bases de actualización de la misma, siendo el principal criterio utilizado el incremento anual que experimente el Índice de Precios al Consumidor (IPC) que determine el Instituto Nacional de Estadísticas.²⁵

2.4. LA SUSTITUCIÓN²⁶

La sustitución de la forma de pago de la compensación fijada judicialmente se puede realizar en cualquier momento, desde que la regula el juez.

La principal duda que plantea este precepto es si sólo se puede sustituir por alguna de las formas señaladas en el art. 99 CC (*numerus clausus*), o si es posible recurrir a otras alternativas para la sustitución, apelando por cierto a la autonomía de la voluntad.

²⁵ SAURA ALABERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 179.

²⁶ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, artículo 99: “ En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”

Pero sólo se ha aceptado que se puede sustituir por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de bienes determinados o por la entrega de un capital en bienes o dinero.

La posibilidad de sustitución surge necesariamente de la concepción de pensión, con el consiguiente resultado de un pago periódico, distinta de la fórmula utilizada por el legislador francés, que establece un sistema de cumplimiento mediante el pago de un capital único y definitivo.

2.5. MODIFICACIÓN²⁷

Debe nuevamente tratarse de una regulación judicial de la pensión, como ya se ha señalado, en la respectiva sentencia de separación o de divorcio.

La modificación sólo es admisible cuando se producen *alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge*. Se ha entendido que para que haya una modificación debe existir:

a) Una alteración sustancial. La que se producirá cuando cualquiera de los cónyuges vea alterada su forma de vida de manera esencial. El caso más obvio será cuando cualquiera de los esposos no pueda afrontar sus propias necesidades vitales.

b) Que dicha alteración sea de carácter permanente.

c) En la fortuna de uno u otro cónyuge.

El término fortuna no se refiere sólo a los medios económicos o materiales, sino también a las circunstancias personales que tengan consecuencias económicas.

Según Juan Montero Aroca, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los siguientes puntos:

– Ha considerando que la pensión puede disminuirse, cuando el deudor ha sufrido una alteración perjudicial y sustancial en su fortuna, pero que no puede incrementarse si la alteración ha sido favorable.

– Por lo demás se siguen sucediendo los casos en que entra en debate el sentido de “alteración sustancial en la fortuna”,

²⁷ 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 cónyuge”.



sentido que es muy difícil separar de los casos concretos. Un ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de fecha 23 de febrero de 2005, se concluye que el significado del término fortuna involucra tanto patrimonio, hacienda y capital, incluido también el rendimiento del trabajo, por cuanto ambos conjuntamente forman y componen el caudal, patrimonio y medios de subsistencia que una persona tiene y puede disponer.²⁸

2.6. EXTINCIÓN²⁹

Al respecto, es menester destacar que las causas de extinción contempladas en el art. 101 CC, a saber, cese de la causa que lo motivó, por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, no son las únicas que se deben considerar, de forma tal que existen según los autores causales contempladas en la norma citada y otras que no.

Para María Paz Sánchez, “el cuadro de causas extintivas de la pensión compensatoria debería completarse con las que para las obligaciones en general establece el art. 1156 CC. Ello, obviamente, en la medida en que resulten compatibles con la especial naturaleza de la pensión por desequilibrio económico”.³⁰ Entre otras causas, la citada autora analiza las siguientes: la muerte del acreedor, la renuncia, la prescripción, el cumplimiento de la condición resolutoria y el término extintivo.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de este podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal

²⁸ MONTERO AROCA, Juan, *Separación y divorcio, tras la Ley 15/2005*, ob. cit., pp. 224 y 225.

²⁹ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, artículo 101: “El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de este podrán solicitar al juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

³⁰ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, ob. cit., p. 22.

hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

3. LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA EN FRANCIA³¹

La Ley de 11 de julio de 1975 introduce en Francia la compleja institución de la prestación compensatoria, que sustituye a la pensión alimenticia del antiguo art. 301.1 del Code, 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 Code,³² uno de los cónyuges 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 respectiva. Para Huet-Weiller, compensar significa reequilibrar y resarcir, por lo que la prestación compensatoria tiene fundamento indemnizatorio, aunque la idea de compensación sobre la que descansa no elimina a su aspecto alimenticio.³³

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

³¹ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículos 270 a 285, disponible en www.legifrance.com.

³² 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”.

³³ HUET-WEILLER, D., citado por LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 103.



por las consecuencias pecuniarias del divorcio.³⁴ 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.

En todo caso, es conveniente recordar que no siempre el divorcio produce derecho a percibir la prestación compensatoria en el ordenamiento francés. De hecho, sólo está prevista tal posibilidad en caso de mutuo acuerdo o de divorcio por causa (hechos) y en este supuesto sólo a favor del cónyuge inocente o cuando ambos han incurrido en causa de divorcio. En caso que se produzca el divorcio por ruptura de la vida en común, no procederá establecimiento de pensión compensatoria y sin embargo podrá solicitarse pensión de alimentos a favor del demandado.³⁵

3.1. PRESUPUESTOS

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 esta en un porvenir previsible.³⁶

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.³⁷

³⁴ WEIL, A. y TERRE, F., citados por LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 103.

³⁵ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 35.

³⁶ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 105.

³⁷ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 272 inc. 1.

3.2. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Para fijar el monto de la prestación compensatoria el juez tendrá que considerar las necesidades del cónyuge a quien se pague y los recursos del otro. Esta situación, que exige considerar las necesidades del cónyuge beneficiario, es lo que induce a creer en la naturaleza alimenticia de la prestación, aunque esta exigencia surge para determinar la cuantía, ya que para la procedencia de este derecho es imperativo que exista una disparidad económica en la pareja creada por la ruptura.

Además de las necesidades y recursos de los cónyuges, 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.³⁸

Al respecto, dos consideraciones: en primer lugar, la enumeración no es taxativa, se señala que se considerará particularmente, o principalmente, lo que no excluye la posibilidad de que el juez pondere otros elementos. En segundo lugar, existe una similitud, como se ha mencionado, con el art. 97 del Código Civil español, y con otras legislaciones como nuestro art. 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

La pensión compensatoria y su importe pueden ser acordados por los cónyuges que, en todo caso, habrán de someter su pacto a la homologación judicial. En cuanto a su extensión tem-

³⁸ Código Civil francés, artículo 271.



poral, podrá acordarse que la prestación cese al concurrir una determinada circunstancia o establecerse con duración limitada temporalmente desde su origen.³⁹

3.3. MODALIDADES DE PAGO Y ACTUALIZACIÓN

La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado, es decir, se obliga al pago de una cantidad fija y de una vez. Tendrá la forma de un capital cuyo importe será determinado por el juez. Según el art. 274 del Code, el juez decidirá las modalidades por las que se ejecutará la prestación compensatoria entre las formas siguientes:

1°. Pago de una cantidad de dinero, pudiendo quedar subordinado el pronunciamiento del divorcio a la constitución de las garantías previstas en el art. 277 CC.

2°. Atribución de bienes en propiedad, o de un derecho temporal o vitalicio de uso, de vivienda o de usufructo, actuando la sentencia como una cesión forzosa a favor del acreedor. Sin embargo, se exigirá el acuerdo del cónyuge deudor para la atribución en propiedad de bienes que él haya recibido por herencia o donación.

Se prevé la actualización de la renta. Dicha actualización es obligatoria y el juez podrá prescribirla de oficio, aunque no haya sido pedida por las partes.⁴⁰

3.4. MODIFICACIÓN

La legislación francesa trata de fijar la prestación compensatoria de una sola vez. De ahí su carácter “*forfaitaire*”, esto es, a tanto alzado o prestación única (arts. 270 y 273 del Code). Por eso, su

³⁹ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 40.

⁴⁰ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 276-1: “*La renta se indizará; el índice se determinará como en materia de pensión alimenticia...*”.

revisión se presenta como algo excepcional,⁴¹ es decir, cuando se fija como pensión periódica o renta vitalicia.

Cuando no sea posible fijar la pensión en la forma señalada, el juez podrá establecer su pago periódico, reajutable en la misma forma que las pensiones alimenticias, es decir, conforme a la variación del coste de la vida. En todo caso el periodo no puede ser superior a ocho años.⁴²

Durante la discusión de la Ley 596/2000, de 20 de junio de ese año, se consignaba que sólo el 20% de las pensiones compensatorias se establecían en forma de entrega de capital.⁴³

Excepcionalmente, se permite que el juez, y por medio de resolución fundada, fije el pago de la prestación mediante una renta vitalicia, considerando la edad y el estado de salud del cónyuge acreedor, en el sentido de que no le permita satisfacer sus necesidades.⁴⁴ La pensión así regulada puede ser revisada,

⁴¹ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 112.

⁴² CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 275: "Cuando el deudor no tuviera capacidad de pagar el capital en las condiciones previstas en el artículo 274, el juez fijará las modalidades de pago del capital, con el límite de ocho años, bajo forma de pagos periódicos indizados conforme a las reglas aplicables a las pensiones alimenticias.

El deudor podrá solicitar la revisión de estas modalidades de pago en caso de cambio importante en su situación. A título excepcional, el juez podrá entonces, mediante resolución especial y fundamentada, autorizar el pago del capital con una duración total superior a ocho años.

El deudor podrá liberarse en cualquier momento del saldo del capital indizado.

Después de la liquidación del régimen matrimonial, el acreedor de la prestación compensatoria podrá someter al juez una demanda de pago del saldo del capital indizado".

⁴³ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 35.

⁴⁴ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 276: "A título excepcional, el juez podrá, mediante resolución especialmente fundamentada, considerando que la edad o el estado de salud del acreedor no le permiten atender sus necesidades, fijar la prestación compensatoria bajo forma de renta vitalicia. Tomará en consideración los elementos de apreciación previstos en el artículo 271.

El importe de la renta podrá ser disminuido, cuando las circunstancias lo impongan, por la atribución de una fracción en capital entre las formas previstas en el artículo 274.

suspendida o suprimida, mediando un cambio significativo en las necesidades y recursos de los cónyuges.⁴⁵

3.5. EXTINCIÓN

El derecho a percibir la pensión compensatoria se extingue por las siguientes razones:⁴⁶

- Por contraer nuevo matrimonio el cónyuge acreedor, de pleno derecho.
- Por concubinato notorio del cónyuge acreedor con un tercero.

Podríamos agregar la prescripción del derecho cuando se ha regulado a tanto alzado, y la renuncia o el cumplimiento del plazo en los casos de rentas periódicas.

⁴⁵ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 276-3: “La prestación compensatoria fijada en forma de renta vitalicia podrá ser revisada, suspendida o suprimida en caso de cambio importante en los recursos o en las necesidades de una u otra de las partes.

La revisión no podrá tener como efecto situar la renta en un importe superior al fijado inicialmente por el juez”.

Artículo 276-4: “El deudor de una prestación compensatoria en forma de renta podrá en cualquier momento encargar al juez para que resuelva sobre la sustitución de la totalidad o una parte de la renta por un capital. La sustitución se efectuará según determinadas modalidades fijadas por decreto adoptado en Conseil d’État.

El acreedor de la prestación compensatoria podrá presentar la misma petición si demostrara que la modificación de la situación del deudor permite esta sustitución, particularmente en el momento de la liquidación del régimen matrimonial.

Serán aplicables las modalidades de ejecución previstas en los artículos 274, 275 y 275-1. La denegación del juez en cuanto a la sustitución de todo o parte de la renta por un capital deberá estar especialmente fundamentada”.

⁴⁶ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 283: “Dejará de ser obligatoria de pleno derecho la pensión de alimentos si el cónyuge acreedor contrajera nuevas nupcias.

Se pondrá fin a la misma si el acreedor viviese en concubinato notorio”.

3.6. TRASMISIBILIDAD⁴⁷

Tras la muerte del cónyuge deudor, el pago de la pensión pasa a sus herederos, teniendo como límite el activo de la herencia. Si la prestación se ha fijado en un tanto alzado, será inmediatamente exigible, de igual manera se procederá cuando se ha fijado como renta periódica. Excepcionalmente, y mediante acuerdo notarial, los herederos pueden acordar mantener la forma y modalidades de pago de la prestación compensatoria; si el acreedor no intervino en el acta notarial, se le debe notificar dicho acuerdo, y desde la notificación será oponible a terceros.

4. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y COMPENSACIÓN EN ALEMANIA

El principio general en la legislación alemana es que cada cónyuge sea responsable de su propio mantenimiento, por excepción

⁴⁷ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 280: “Tras la muerte del cónyuge deudor, se descontará de la herencia el pago de la prestación compensatoria, sea cual fuere su forma. El pago será por cuenta de todos los herederos, que no estén personalmente obligados a ello, hasta el límite del activo de la herencia y, en caso de insuficiencia, por todos los legatarios particulares proporcionalmente a su parte en la herencia, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 927.

Cuando se haya determinado que la prestación compensatoria sea un capital pagadero en las condiciones del artículo 275, será inmediatamente exigible el saldo de dicho capital indizado.

Cuando se haya determinado en forma de renta, esta será sustituida por un capital inmediatamente exigible. La sustitución se efectuará según determinadas modalidades fijadas por decreto adoptado en Conseil d'État”.

Artículo 280-1: “Por excepción a lo dispuesto en el artículo 280, los herederos podrán decidir juntos mantener las formas y modalidades de pago de la prestación compensatoria que le correspondieran al cónyuge deudor, obligándose personalmente al pago de dicha prestación. So pena de nulidad, el acuerdo deberá ser recogido en un acta notarial.

Será oponible frente a terceros a partir del momento de su notificación al cónyuge acreedor cuando este no haya intervenido en el acta.

Cuando las modalidades de pago de la prestación compensatoria hayan sido mantenidas, los herederos del deudor podrán ejercer las acciones previstas en el apartado segundo del artículo 275 y en los artículos 276-3 y 276-4, según que la prestación compensatoria tome la forma de un capital o de una renta temporal o vitalicia. Los mismos también podrán liberarse en cualquier momento del saldo del capital indizado cuando la prestación compensatoria tome la forma prevista en el apartado primero del artículo 275”.



procede, una vez decretado el divorcio, ya sea una pensión de alimentos, si es necesario para la subsistencia de uno de los ex cónyuges⁴⁸ (arts. 1569 y sgtes. BGB), o una compensación económica, con especial consideración a los derechos de pensiones por vejez o invalidez⁴⁹ (arts. 1587 y sgtes. BGB). De tal modo que en el derecho alemán se puede recurrir a estas dos posibilidades.

En cuanto a la pensión de alimentos, esta tiene un carácter extraordinario, ya que los *ex cónyuges* deben proveer a su mantenimiento, pero si uno de ellos se encuentra en una situación que no le permita subvenir a sus propias necesidades, tiene derecho a que el tribunal de familia correspondiente fije a su favor una pensión de alimentos, sin consideración a la culpa o inocencia de los cónyuges en las causas que dan origen a la ruptura conyugal, en general, cuando por razones de equidad se estime necesario regularla.

Para regular este derecho se considerará especialmente si el ex cónyuge no puede realizar una actividad laboral o comercial por dedicarse al cuidado o educación de los hijos comunes (art. 1570 BGB), cuando por la edad o estado de salud no puede pretenderse que ejerza una actividad remunerada (arts. 1571 y 1572 BGB), cuando el beneficiario no puede encontrar una actividad laboral adecuada o que no se encuentre suficientemente remunerada (arts. 1573 y 1574 BGB), y por último, cuando el cónyuge acreedor retome sus estudios o formación profesional interrumpida por el matrimonio (art. 1575 BGB).

Cubre lo necesario para satisfacer las necesidades básicas o vitales del beneficiario, atendida las condiciones de vida conyugal (art. 1578 BGB), y puede terminar por muerte del obligado o nuevo matrimonio del acreedor, constitución de una pareja de hecho o muerte del legitimado (art. 1586 BGB). En caso de muerte del

⁴⁸ CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, artículo 1569: “Tras el divorcio incumbe a cada cónyuge procurarse por sí mismo su sustento. Si no está en disposición de ello, tiene una pretensión de alimentos frente al otro cónyuge, solamente conforme a las disposiciones siguientes...”.

⁴⁹ CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, artículo 1587: “Procede una compensación de pensiones entre los cónyuges divorciados en la medida en que se hubieran creado o mantenido, constante el matrimonio, para ambos o para uno de ellos expectativas o esperanzas de una pensión por razón de la edad o de la reducción de la capacidad laboral, de los tipos contemplados en el artículo 1587 a, apartado 2. No se toman en consideración las expectativas o esperanzas que no se hubieran fundado o mantenido ni con la ayuda del patrimonio ni con el trabajo de los cónyuges”.

deudor, dicha obligación pasa a los herederos, la que en ningún caso afecta el derecho a la legítima (art. 1586 b BGB).

La compensación de pensiones se genera a partir de los casos en que durante el matrimonio se hubiera constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos esperanzas de derecho a expectativas de futuro pago de una pensión por causa de edad o incapacidad laboral o profesional (art. 1587 BGB).

La duración del matrimonio a que se refieren las disposiciones relativas a la compensación de pensiones comprende desde el primer día del mes en que se contrajo matrimonio hasta el día final del mes en que se produjo la litispendencia de la demanda de divorcio (art. 1587.2 BGB).

El cónyuge obligado a compensar será aquel con las esperanzas de derecho o expectativas de pago más elevadas en cuanto a su valor, relativas a una pensión a compensar, y al cónyuge beneficiario le corresponderá la mitad de valor como compensación (art. 1587 a 1 BGB).

Como es fácil advertir, la compensación regulada por la legislación alemana difiere de la española en que se atiende al desequilibrio económico; o la francesa, en que se fija según la disparidad generada por la ruptura. Aquí, está restringida a los derechos que deriven de una pensión, ya sea por vejez o incapacidad.

La prestación compensatoria puede ser modificada o excluida cuando suponga para el obligado una dureza injusta o resulta gravemente contraria a la equidad (art. 1587 c BGB). También puede ser modificada o excluida por voluntad de las partes, expresada en capitulaciones matrimoniales o en acuerdo ante notario con autorización del juzgado de familia, que podrá negarla si no tiene suficientemente en cuenta los intereses del cónyuge beneficiario de la prestación.⁵⁰

5. PENSIÓN DE ALIMENTOS POST DIVORCIO EN ARGENTINA

En el vecino país se establece un derecho de alimentos a favor de uno de los cónyuges, en los arts. 207 y siguientes del Código

⁵⁰ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 145.



Civil, considerando principalmente la culpa de uno de los cónyuges en la causa de la ruptura, ya sea por separación (art. 207 CC) o por divorcio (art. 217 CC). Aunque también se permite la procedencia de este derecho, independiente de la declaración de culpabilidad, cuando el beneficiario no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, y si el otro tuviera medios para que le provea lo necesario para su subsistencia (art. 209 CC).

Como antecedente histórico se señalan los arts. 79 y 80 de la Ley N° 2.393 sobre Matrimonio Civil, actualmente derogada, y que consideraba básicamente un divorcio sanción o por culpa, y como consecuencia necesaria el culpable debía pagar una pensión de alimentos a favor del inocente.

Se ha discutido la asimilación de las citadas disposiciones de la Ley N° 2.393 con las actuales normas, de los arts. 207 y 209 CC, que ha realizado la mayoría de la doctrina argentina. Consideran este derecho a la pensión de alimentos como sanción al culpable y por excepción a aquel de los cónyuges que no cuente con los recursos indispensables para su subsistencia.

Sin embargo, esta pretendida identificación es difícil de sostener bajo un sistema como el vigente, en el cual el “culpable” ya no constituye más un emergente normal y habitual de la sentencia de divorcio. La figura del culpable –podríamos decir sin exagerar– pasó a ser de un efecto *necesario* durante el régimen anterior, a un efecto *excepcional* en el derecho positivo actual. Y desde luego que este trastrocamiento no podía dejar inalterado el esquema normativo de los alimentos entre cónyuges divorciados.⁵¹

El art. 209 CC, por un lado, ya no reglamenta –como sí lo hacía el art. 80 de la Ley N° 2.393– un derecho de alimentos *residual*, estricto y de excepción, a favor del culpable del divorcio. Con sentido mucho más amplio, la norma se aplica de una manera general a todos los cónyuges, “*haya o no declaración de culpabilidad*”. Agrega este autor que la amplitud también alcanza al deber en sí, al reemplazar la expresión “*de toda necesidad*”, del citado art. 80, por “*lo necesario para su subsistencia*”,

⁵¹ MIZRAHI, Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 2006, p. 421.

del art. 209, que es más amplio y no se reduce a lo mínimo para no perecer.⁵²

Planteada la discusión y a modo de resumen, podemos señalar que el origen de este derecho se encuentra, como en los demás casos analizados, en el divorcio sanción y como una consecuencia de este; no obstante, con el devenir del derecho del divorcio, se estima que la norma general es el art. 209, y la excepción, el art. 207, es decir, se atiende a criterios objetivos, como regla general, y en forma residual, al juicio de reproche.⁵³

En cuanto los criterios para determinar el importe, el art. 207 CC establece: “Para la fijación de los alimentos se tendrá en cuenta:

1°. La edad y estado de salud de los cónyuges;

2°. La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos;

3°. La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado;

4°. La eventual pérdida de un derecho de pensión;

5°. El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal...”.

El art. 209 CC dispone que “...Para determinar la necesidad y el monto de los alimentos se tendrá en cuenta las pautas de los incisos 1°, 2° y 3° del art. 207”.

En cuanto al alcance, podemos hacer notar la diferencia existente entre el art. 207 CC, que prescribe que el cónyuge deudor debe contribuir a que el otro mantenga el *nivel económico* que gozaron constante el matrimonio; en cambio, el art. 209 CC sólo se refiere a proveer *lo necesario para la subsistencia del beneficiario*.

“He aquí, en suma, la conformación novedosa de la Ley N° 23.515 en esta materia. En el centro ubicamos un *régimen alimentario general* para cónyuges divorciados –art. 209 Cód. Civil– y al que puede acudir, de una manera global, todo cónyuge

⁵² MIZRAHI, Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, ob. cit., p. 421.

⁵³ CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, artículo 207: “El cónyuge que hubiere dado causa a la separación en los casos del art. 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia...”.

Artículo 209: “Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia...”.



necesitado (no únicamente el culpable); vale decir, con independencia de que haya existido o no una calificación de conductas. Se reclamaría la intervención del tribunal para hacer efectiva la regla de la solidaridad, de aplicación insoslayable en las relaciones familiares”.⁵⁴

Con carácter de excepción, y de un modo paralelo, la ley sanciona un *régimen especial*; esto es, el que está previsto en el art. 207 CC. Se trata de una paga que excede lo estrictamente alimentario porque trasciende al campo resarcitorio, en tanto ya no resultará suficiente *contribuir a la subsistencia*, sino que se extiende al *nivel económico* del que gozó durante la convivencia. Y es un alimento excepcional no sólo por la envergadura de su amplitud, sino también porque, con carácter estricto, únicamente lo deben soportar aquellos sobre los cuales ha recaído una sentencia de culpabilidad exclusiva.⁵⁵

En contra del carácter resarcitorio o indemnizatorio, se plantea que las prestaciones alimentarias son asistenciales y no reparadoras, lo condenado a pagar por concepto de alimentos contribuye al sostenimiento del inocente, pero no repara el daño causado ni contribuye a su superación.⁵⁶

En el mismo sentido, Bossert y Zannoni: “se trata de alimentos en sentido estricto y, por eso, el art. 209 establece que sólo se tendrá en consideración los elementos de juicio que enumeran los incs. 1º a 3º del art. 207, esto es, la edad y estado de salud de los cónyuges, la dedicación al cuidado y educación de los hijos, y la capacitación laboral y posibilidades de acceso a un empleo del alimentado.”⁵⁷

Por último, este derecho cesará en caso de separación, cuando el cónyuge que lo percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge (art. 210 CC), y en caso de divorcio, además de los casos señalados, si el beneficiario contrae nuevas nupcias (art. 218 CC).

⁵⁴ MIZRAHI, Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, ob. cit., p. 423.

⁵⁵ MIZRAHI, Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, ob. cit., pp. 423 y 424.

⁵⁶ MEDINA, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 57.

⁵⁷ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, 6ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 401.



6. CONCLUSIONES

– Este tipo de prestaciones supone el quiebre de la convivencia conyugal del matrimonio, es decir, nacen conjuntamente con la ruptura matrimonial, por sentencia de divorcio o nulidad, salvo en España y Argentina, en que procede también en sede de separación judicial.

– El objeto de la compensación es: en España, restablecer el *desequilibrio económico* que genera la ruptura matrimonial; en Francia, compensar la *disparidad* en las condiciones de vida; en Alemania, subvenir en las necesidades económicas del ex cónyuge o compensar los derechos previsionales, y en Argentina, el mantenimiento de las necesidades del ex cónyuge.

– Se ha estimado, tanto en Francia como en España, que la naturaleza jurídica es indemnizatoria, en cambio en Alemania puede ser resarcitoria o de pensión de alimentos, y en Argentina, la naturaleza es exclusivamente pensión de alimentos.

– Un elemento central en este tipo de prestaciones es la *equidad*, que sirve, por una parte, para morigerar los efectos adversos del divorcio, y por otra, para fijar montos que se ajusten a la realidad de la pareja, y especialmente del cónyuge deudor.



Capítulo Segundo

COMPENSACIÓN ECONÓMICA. EFECTO PATRIMONIAL DE LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO

1. 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”,⁵⁸ 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, aun 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,

⁵⁸ En adelante NLMC.



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 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 mediante sentencia firme en juicio de nulidad de matrimonio.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS⁵⁹

En nuestro país conjuntamente con la incorporación del divorcio vincular, se reguló la compensación económica, por lo que

⁵⁹ Véase BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.



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 Walker, 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 ruptura.⁶⁰

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 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 equitativas”.⁶¹

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 sobre el juez la carga de intentar velar por establecer relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro, sancionando a su favor una pensión de alimentos por tiempo limitado u otra prestación.

⁶⁰ ANTECEDENTES Y TEXTOS DE LA LEY N° 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL Y OTRAS, Diario Oficial, Santiago, Chile, 2004, p. 24.

⁶¹ ANTECEDENTES Y TEXTOS DE LA LEY N° 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL Y OTRAS, ob. cit., p. 36.

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 compensatoria.⁶²

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. 38,⁶³ contenido dentro de las

⁶² ZAVALA ORTIZ, José y MONTECINOS FABIO, Carolina, *Jurisprudencia divorcio*, PuntoLex S.A., Santiago, Chile, 2006, p. 47.

⁶³ 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 generare 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 reconvenicional 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;

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 transcurridos cinco 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".

normas que regularían los efectos del divorcio, en el que 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 transcurridos cinco años.

Por su parte, los honorables senadores señores Chadwick, Romero y Diez propusieron una indicación al mismo proyecto, que consideraba una disposición similar, pero para los casos de nulidad, en el art. 48.⁶⁴ Se trata de una prestación de alimentos por un tiempo limitado, máximo cinco 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.

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 ellos.⁶⁵

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 otro.⁶⁶

⁶⁴ Indicación Proyecto de Ley, artículo 48: "Por la declaración de nulidad se tendrá el matrimonio como no celebrado para 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".

⁶⁵ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 589.

⁶⁶ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 589.



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 perjuicios.⁶⁷

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

3. 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

⁶⁷ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 590.



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 del art. 60 NLMC dice relación con los derechos y obligaciones de orden legal, excluyendo los que vía autonomía de la voluntad hayan adquirido los cónyuges, aunque su condición fuese la que determinara 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 expresamente.⁶⁸

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,

⁶⁸ 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.

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 derivados 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 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 esté 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 reconventional debe ser desestimada”.⁶⁹

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*⁷⁰ 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.

⁶⁹ Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 7 de mayo de 2007, en causa Rol 5616-2006.

⁷⁰ En similar sentido, consignando la compensación económica como un efecto de la terminación del matrimonio, PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009, p. 32.



CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA

1. CONCEPTO

Importante resulta por tanto, precisar 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 Cristián Maturana, “es la indemnización a la cual tiene derecho el cónyuge, en caso de que se declare la nulidad o el divorcio, por el menoscabo económico experimentado como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, sin haber podido por ello desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberla efectuado en menor medida de lo que podía y quería”.⁷¹

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”.⁷²

⁷¹ MATURANA MIQUEL, Cristián, “Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947”, charla efectuada el 1 de junio de 2004, Seminario Colegio de Abogados, Santiago, Chile, p. 105.

⁷² RAMOS PAZOS, René, *Aspectos destacados de la Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil* [en línea] <<http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm>> [visitado el 12-07-05].

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 menor medida de lo que podía o quería, para que el otro le compense aquel menoscabo económico”.⁷³

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 este o divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida”.⁷⁴

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 consecuencia 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”.⁷⁵

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.

⁷³ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2004, p. 420.

⁷⁴ 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, p. 74.

⁷⁵ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 26 de enero de 2007, en causa Rol 676-2006.

2. FUNDAMENTOS

Una cuestión central en el tema de la compensación económica es la de analizar cuáles 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 más 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”.⁷⁶

Para Javier Barrientos, los principales fundamentos son:⁷⁷ 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

⁷⁶ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 23.

⁷⁷ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, ob. cit., pp. 404 y sgtes.

a dudas fundamentos considerados por el legislador, los que se pueden apreciar tanto en la historia fidedigna de la ley (véase Boletín 1759-18) como en el articulado de la nueva legislación sobre matrimonio civil, arts. 3º, 27, 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 matrimonio. Junto con celebrar el matrimonio existe un acuerdo implícito entre los cónyuges en torno a sus fines.⁷⁸

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”.⁷⁹

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”.⁸⁰ 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

⁷⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 224.

⁷⁹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 225.

⁸⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, ob. cit., pp. 228 y 229.

al hogar o al cuidado de los hijos; y, estrechamente vinculado con ambos, c) el enriquecimiento a expensas de otro en los términos explicado.⁸¹

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, hasta ahora, cuando se produce una ruptura matrimonial. En efecto, con frecuencia la madre al cuidado de los hijos demanda de alimentos al marido y padre ante el tribunal de menores competente o, cuando corresponde, ante el juzgado civil, sólo al marido por alimentos mayores... 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”.⁸²

Aunque ambos autores recientemente han señalado que “uno de los fundamentos de procedencia de la compensación económica está en la pérdida del estatuto protector del matrimonio,⁸³ que perjudica a uno de ellos, el cual, bajo el amparo del proyecto común, destinó sus esfuerzos al hogar y los hijos, quedando, una

⁸¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 231.

⁸² 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.

⁸³ Respecto a la pérdida del estatuto protector del matrimonio y otros fundamentos, véase LEPIN MOLINA, Cristián, *Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La compensación económica*, Tesis para optar al grado de magíster en derecho privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2008, p. 27.

vez producido el divorcio o la nulidad, en una abierta situación de desprotección”.⁸⁴

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 CÓNYPUGE MÁS DÉBIL

Uno de los principios incorporados a la legislación de familia por la Nueva Ley de Matrimonio Civil es la protección al cónyuge más débil,⁸⁵ consagrado en el art. 3° NLMC. Al respecto la norma representa una serie de interrogantes.

Según Carmen Domínguez, “la única forma de entender esta figura es como “la” forma concreta de tutela del cónyuge más débil que la ley contiene. En efecto, es indudable que esta normativa,

⁸⁴ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 17.

⁸⁵ Con respecto a la incorporación de este principio a nuestro ordenamiento jurídico, a lo menos expresamente se realiza por la Ley N° 19.947, aunque, según el profesor Orrego, “no se trata de un principio creado por la Ley de Matrimonio Civil, pues ya estaba consagrado en el Código Civil, por ejemplo, en las normas relativas a los bienes familiares (artículos 141 a 149); en las disposiciones de la sociedad conyugal destinadas a proteger a la mujer (especialmente en lo que se refiere a las limitaciones a la administración ordinaria de la sociedad conyugal, establecidas en el artículo 1749, en las normas que favorecen a la mujer para el pago de las recompensas que se le adeuden, al liquidarse la sociedad conyugal, según lo dispuesto en el artículo 1773, y en el beneficio de emolumento que opera a favor de la mujer, consagrado en el artículo 1777); y en aquellas que se consagran en el crédito de participación en los gananciales, al término de dicho régimen (artículos 1792-20 al 1792-26). Lo mismo ocurre con las normas de alimentos, tanto del Código Civil (artículos 321 al 337) como de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias”, ORREGO ACUÑA, Juan, *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Metropolitana, Santiago, Chile, 2004, nota al pie de página, pp. 20 y 21. Sin entrar en el análisis del campo de aplicación de este principio, podría estimarse que sólo se aplica a la Nueva Ley de Matrimonio Civil (es decir, las normas sobre celebración y término del matrimonio), y no a las normas del Código Civil (donde se regulan las obligaciones y derechos de los cónyuges, regímenes patrimoniales, bienes familiares), ya que no existe en el Código una norma que consagre expresamente este principio.

al introducir el divorcio vincular unilateral, privó al cónyuge más débil que se opone a él de todo poder de negociación. En efecto, éste (más bien ésta en la mayoría de los casos) ya no dispone de medios para oponerse al divorcio unilateral, de suerte que no tiene modo de evitar la pérdida de todos los derechos que provenían de su relación conyugal”.⁸⁶

¿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”.⁸⁷ En otros términos, la ley nos remite a la realidad concreta de cada caso.⁸⁸

Es fácil constatar que la NLMC no define qué debe entenderse por cónyuge más débil. Sin embargo, de la discusión parlamentaria no cabe duda de que se legisló pensando en proteger a aquel cónyuge que se encontrará, con ocasión de la ruptura matrimonial, en un posición de desmedro económico frente al otro, para comenzar su vida de forma separada e independiente.⁸⁹

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 estos, 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 están dedicadas al trabajo doméstico no remunerado. Del total de personas que declararon dedicarse a las labores del hogar, el 95% son mujeres.⁹⁰

⁸⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, charla efectuada el 13 de octubre, Seminario del Colegio de Abogados, Santiago, Chile, 2005, p. 5.

⁸⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de matrimonio civil* [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005]

⁸⁸ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, charla efectuada el 20 de octubre, Seminario del Colegio de Abogados, Santiago, Chile, 2005, p. 5.

⁸⁹ GUERRERO BECAR, José, “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, *Revista Derecho*, v. 21, n. 2, Valdivia, p. 102. En el mismo sentido, HÜBNER GUZMÁN, Ana, “La nueva ley de matrimonio civil: panorama y estructura general”, en Corral Talciani, H. (coord.), *Matrimonio civil y divorcio*, Universidad de los Andes, Santiago, 2005.

⁹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 5.

Por tanto, podemos 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.

La jurisprudencia ha sido unánime en que la compensación representa la concreción del principio de protección del cónyuge más débil, consagrado en el art. 3° NLMC.⁹¹

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, amparado, eso sí, en el denominado estatuto protector del matrimonio, que “confiere a ambos cónyuges una dosis de seguridad, sobre todo a 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”.⁹²

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.

⁹¹ Así, por ejemplo, CORTE SUPREMA, en sentencia de fecha 7 de julio de 2009, en causa Rol 1370-2009; CORTE SUPREMA, en sentencia de fecha 6 de abril de 2009, en causa Rol 727-2009; CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, en sentencia de fecha 9 de febrero de 2009, en causa Rol 307-2008; CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, en sentencia de 20 de marzo de 2008, en causa Rol 26-2008; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, en sentencia de fecha 28 de diciembre de 2007, en causa Rol 1314-2007.

⁹² VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, ob. 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 sí 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 lo 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 compensatoria.⁹³

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

⁹³ Véanse art. 97 CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, art. 271 CÓDIGO CIVIL FRANCÉS y el art. 207 del CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.



acceder al campo laboral en condiciones de mercado, el derecho debe reconocer este coste de oportunidad laboral y establecer algún mecanismo que lo reconozca y compense”.⁹⁴

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”.⁹⁵

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.

Nos parece que agregar este requisito en el art. 61 NLMC, sumado al retiro del estatuto protector del matrimonio, son justificaciones más que suficientes para compensar el menoscabo que ha sufrido el cónyuge más débil.

Por supuesto que no se trata de cuantificar el trabajo realizado con relación al cuidado de los hijos o del hogar común, atribuyéndole un valor mensual, como si fuera equivalente al lucro cesante. Lo que además generaría una dificultad adicional, como sería el monto de los hipotéticos ingresos, el salario mínimo o quizás la remuneración de mercado de una asesora del hogar.⁹⁶ Por otra

⁹⁴ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, ob. cit., p. 408.

⁹⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, Seminario del Colegio de Abogados, ob. cit., p. 13.

⁹⁶ Este planteamiento es distinto al señalado por la profesora Turner, en el sentido de que “debe intentarse una valorización del trabajo doméstico realizado por uno de los cónyuges, una monetarización *ex post* del mismo”, en TURNER SAELZER, Susan, “La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica”, en *Estudios de derecho civil II*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2006, p. 212.

parte, permitiría alegar como defensa, a efecto de excluir su pago, el hecho de contar con servicio doméstico.

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, es un claro reconocimiento a 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 se refiere al 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.

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 personales,⁹⁷ al no poder realizarse profesional o laboralmente, lo que representa,

⁹⁷ 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 *aquel 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”.

además, un claro perjuicio, que, luego de la ruptura, manifiesta 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 de 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 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”.⁹⁸

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

⁹⁸ 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.

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; arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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 puede 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”.⁹⁹

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.

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 divorcio.¹⁰⁰

Por último, a juicio de De la Cámara 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 matrimonio.¹⁰¹

Asimismo, Luis Zarraluqui expresa con mayor claridad: “La equidad, en consecuencia, justifica la obligación; cimenta la utilización de elementos dispares no económicos, sino morales, para su cuantificación; permite la sucesión en la deuda, con limitaciones en la legítima, proporcionando una nota de orden familiar, excediéndose de la conyugal; debe exigir la contribución del acreedor para mitigar el efecto del desequilibrio, mediante,

⁹⁹ 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].

¹⁰⁰ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 25.

¹⁰¹ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 26.

entre otras conductas, la búsqueda de los medios para adquirir una independencia económica; autoriza la extinción por nuevo matrimonio o convivencia semejante a la conyugal; y evidencia la aplicabilidad de la culpa exclusiva del acreedor en la quiebra del matrimonio o en el desequilibrio económico, para exonerar de la obligación a la otra”.¹⁰²

En Francia, también se incorpora el concepto de equidad, pero a efecto de rechazar o denegar la compensación, considerando los criterios para determinar la cuantía o la culpa en la causa del divorcio del acreedor de la prestación.¹⁰³ En cambio, en Alemania se permite al juez de familia suspender la obligación compensatoria, en la medida en que tal pago le representa una carga contraria a la equidad.¹⁰⁴

Así, en nuestro país la Ley N° 20.255, sobre Reforma Previsional, de 17 de marzo de 2008, incorporó dos normas sobre la compensación económica, los arts. 80 y 81, ubicados en el Título III, *Normas sobre equidad de género y afiliados jóvenes*, lo que sin duda es un elemento de interpretación que refuerza lo que venimos señalando.

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.

¹⁰² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 129.

¹⁰³ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 270 inciso 3°: “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”.

¹⁰⁴ CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, artículo 1587 d: “A petición del obligado, el juzgado de familia puede ordenar la suspensión de la obligación establecida en el artículo 1587 b, apartado 3, mientras y en la medida en que tal pago le representa una carga contraria a la equidad, en particular, si resulta imposibilitado para procurarse su propio adecuado sustento y para cumplir con su obligación alimenticia respecto del cónyuge divorciado y de los restantes necesitados de igual rango”.



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 taxativos; y, finalmente, resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio.¹⁰⁵

El profesor Carlos Peña, en el marco de un seminario sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil, realizado en el Colegio de Abogados, en el año 2004, 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 alimentos.¹⁰⁶

Para efectos de este trabajo analizaremos las distintas posiciones planteadas, que van desde la concepción de pensión de alimentos hasta la naturaleza sui generis, a la luz de lo expuesto en el seno de la Comisión Legislativa, la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como extranjeras.

3.1. NATURALEZA DE PENSIÓN DE ALIMENTOS

Se ha planteado la posibilidad de que la compensación tenga carácter de pensión de alimentos, 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 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

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947”, charla efectuada el 1 de junio de 2004, Seminario Colegio de Abogados, Santiago, Chile, p. 70.

menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia”.

Además, 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*.

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

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 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 Patrimonio 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 alimentos.¹⁰⁷

¹⁰⁷ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 601.



Los senadores señores Chadwick y Espina coincidieron en que la compensación no corresponde a alimentos, excepto en lo que atañe a su cumplimiento en ciertos casos.¹⁰⁸

El 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 común.¹⁰⁹

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 inventario.¹¹⁰

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 generales.¹¹¹

En el derecho comparado, y respecto a las legislaciones que sirven de precedente a la nuestra, como la española, según Eusebio Aparicio Auñón, la pensión compensatoria tiene naturaleza jurídica fundamentalmente análoga a la pensión alimenticia. Basamos esta afirmación en dos tipos de argumentos: en el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitró la ley de divorcio republicana, y en nuestras reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcan todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer. Añade que, si nos fijamos en las circunstancias que el artículo menciona (*ad exemplum* o entre otras) para graduar la pensión, algunas parecen conferir carácter de pensión alimenticia (así la 8, recuerda el módulo

¹⁰⁸ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 604.

¹⁰⁹ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 603.

¹¹⁰ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 604.

¹¹¹ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 604.



alimenticio del art.146 CC).¹¹² En el mismo sentido, Lasarte y Valpuesta.¹¹³

Como puede deducirse, esta concepción es paralela a su fundamento asistencial. No obstante, creo que debiera distinguirse a efectos conceptuales entre la naturaleza alimenticia de la pensión, que hace referencia a cubrir unas necesidades en base a una relación matrimonial, que en el caso de divorcio ya no existe, y la solidaridad postconyugal, que funcionaría como fundamento asistencial de la pensión, no obstante no tener naturaleza alimenticia.¹¹⁴

Se ha estimado que “una mirada integral la entregan los artículos 3 y 60 de la LMC, cumpliendo la institución de la compensación económica una función asistencial, cuyo origen, fundamento y límite está en una vinculación económica ‘asistencial’ que permita iniciar una vida futura separada al cónyuge más débil, por mandato del artículo 3 y permitido por el artículo 60, que dispone que 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’. Este ‘sin perjuicio’ implica que se mantiene como obligación y derecho de carácter patrimonial aun después del matrimonio; fundado en la protección del cónyuge más débil del artículo 3 es, precisamente, la institución de la compensación económica originada por el menoscabo o detrimento económico que se produce al momento del divorcio o la nulidad para el cónyuge más débil”.¹¹⁵

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...”.

¹¹² APARICIO AUÑÓN, Eusebio, citado por ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, ob. cit., p. 116.

¹¹³ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., pp. 27 y 32.

¹¹⁴ LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., nota al pie de página, p. 27.

¹¹⁵ GUERRERO BECAR, José, “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, ob. cit., p. 107.



3.2. INDEMNIZATORIA

Dentro de este grupo debemos consignar 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.”.¹¹⁶

La diferencia entre indemnizar y compensar reside únicamente en la extensión de la reparación. Indemnizar pretende dejar “indemne” al sujeto pasivo, e “indemne” es “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 mismo.¹¹⁷

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”.¹¹⁸

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

¹¹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 153.

¹¹⁷ 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].

¹¹⁸ 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, Santiago, Chile, 2004, p. 267.

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 legales”.¹¹⁹

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 oportunidad*, aunque los criterios de cálculo reconocidos a continuación en la misma ley parecieran indicar otra cosa”.¹²⁰

Así, para Cristián 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, aun cuando ellos pudieran aceptar la herencia con beneficio de inventario.¹²¹

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”.¹²²

¹¹⁹ 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, Alvaro, “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, ob. 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.

¹²⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, entrevista sobre el tema en *La Semana Jurídica*, N° 271, del 16 a 22 de enero, Santiago, Chile, 2006, p. 4.

¹²¹ MATURANA MIQUEL, Cristián, “Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947”, ob. cit., p. 106.

¹²² VÉLIZ MÖLLER, Patricio, *Divorcio, nulidad y separación, los caminos frente a la ruptura*, Cerro Manquehue, Santiago, Chile, 2004, p. 65.



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 patrimonial, en que la indemnización sustituye al interés económico perdido o afectado y se calcula en función del valor de este. Se trata sólo de ofrecer una compensación, es decir, una satisfacción económica que mitigue la situación económica desmedrada del demandante”.¹²³

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 perjuicios.¹²⁴

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 físicos.¹²⁵

La Corte de Apelaciones de Rancagua ha estimado que “respecto de la compensación económica, hay que dejar asentado

¹²³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, 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.

¹²⁴ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 590.

¹²⁵ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 602.

desde luego que ella no tiene el carácter alimenticio que pretende la actora reconventional, 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”.¹²⁶

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que “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”.¹²⁷

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 producido por la ruptura no debe llevar a entender 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”.¹²⁸

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

¹²⁶ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, de fecha 16 de mayo de 2006, en causa Rol 1603-2005.

¹²⁷ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 29 de octubre de 2007, en causa Rol 1539-2007.

¹²⁸ ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, ob. cit., p. 147.

matrimonio, las pérdidas se manifiestan con toda su crudeza y por ello debe existir compensación”.¹²⁹

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*”.¹³⁰

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 necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicas”.¹³¹

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”.¹³²

¹²⁹ ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, ob. cit., p. 187.

¹³⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 129.

¹³¹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil, derecho de familia*, v. 4, Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2006, p. 125.

¹³² 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.

“En realidad, como he venido sosteniendo a lo largo de la explicación de esta problemática, la pensión compensatoria tiene un carácter indemnizatorio, reparador y compensador, y se establece en beneficio de uno de los cónyuges –generalmente, la esposa o ex esposa–, y el parámetro que determina su existencia es un desequilibrio presente, no futuro. La cuantificación de la pensión se realiza mediante el empleo de circunstancias que confirman su carácter reparador”.¹³³

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 segundo.¹³⁴

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 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 los artículos 97 y siguientes CC tiene un carácter estrictamente compensatorio o

¹³³ ROMERO COLOMA, Aurelia, *Indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, España, 2009, p. 76.

¹³⁴ MONTERO AROCA, Juan, *Separación y divorcio, tras la Ley 15/2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 204.

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 alimenticio.¹³⁵

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 divorcio.¹³⁶

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 in rem verso*, para obtener con ella la restitución de lo injustamente pagado.

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

¹³⁵ HUET-WEILLER, D., citado por LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 103.

¹³⁶ WEIL, A. y TERRE, F., citado por LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., p. 103.

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”.¹³⁷

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 hijos.¹³⁸

Así, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 24 de diciembre de 2007, causa Rol 10.411-2006, precisa “que esta institución, como lo señala el profesor Carlos Pizarro Wilson en su artículo ‘La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena’ (*Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 43 de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, página 11); ‘equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. La compensación económica presenta un marcado carácter indemnizatorio por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento del cónyuge beneficiado’. De ahí que su naturaleza jurídica pueda explicarse a través del *enriquecimiento a expensas de otro*. Luego, debe determinarse en la especie si es procedente tal compensación y, en la afirmativa, determinarse su quantum”.

¹³⁷ PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, ob. cit., p. 90.

¹³⁸ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 602.



En este sentido, la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en causa Rit C-1413-2006, que rechaza la demanda reconvenzional 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 tratare 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 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 otros muchos, 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 aplicación.¹³⁹

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.

¹³⁹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 79.

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, esta tendrá más bien un carácter meramente asistencial.

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”.¹⁴⁰

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 contradictorias, pues la naturaleza de la compensación económica es directamente funcional al modelo de relación que antecedió la ruptura, al ‘sendero’ que siguió la pareja”.¹⁴¹

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

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ 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”.

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”.¹⁴²

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 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 Torre¹⁴³ 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 en su determinación se tienen 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

¹⁴² LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., pp. 32 a 34.

¹⁴³ VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, ob. cit., pp.186 y 187. En el mismo sentido, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 9.

de socorro presente en el matrimonio; la compensación supone el término del vínculo. Además, lo que es muy relevante, no admite modificación en caso de 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 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 genera 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 decretada una u otra cosa”.¹⁴⁴

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.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de matrimonio civil* [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005].

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”.¹⁴⁵

En este apartado incorporaremos intencionalmente las teorías que plantean que la compensación tiene naturaleza jurídica correspondiente a una obligación legal; en este sentido se ha señalado que “la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia: es sólo una obligación impuesta por la ley que se concede en los eventos previstos por ella, de contenido patrimonial y que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar su vida separada”,¹⁴⁶ y en igual sentido, los profesores Carlos Pizarro y Álvaro Vidal han expresado que “constituye un derecho de origen legal establecido, por acuerdo de las partes, y a falta de este, por decisión judicial. Es una obligación legal que pesa sobre el otro cónyuge –aquel que sí desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en mayor medida que el otro–, quien debe ejecutar una prestación de dar en beneficio del titular”.¹⁴⁷ No apreciamos diferencias entre señalar que se trata de una obligación sui generis o una obligación legal; en ambos casos, se aplicarán las normas especialmente sancionadas por el legislador, y supletoriamente, las normas de las obligaciones.

3.6. REFLEXIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA

Lo primero, es descartar por completo la tesis de la naturaleza de pensión de alimentos. Como se ha indicado, ya en las actas

¹⁴⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. 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 LÓPEZ, Pamela, “Repercusiones económicas en la crisis matrimonial”, *Revista Escuela de Derecho*, Universidad del Mar, Valparaíso, 2005, pp. 138 y 139.

¹⁴⁶ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David, “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España”. *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 35, N° 3, Santiago, Chile, 2008, p. 451.

¹⁴⁷ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 32.

del Congreso Nacional aparece expresamente excluida tal posibilidad, además el fundamento de la obligación de alimentos es el estado de necesidad del alimentario, es decir, el bien jurídico protegido es el derecho a la vida;¹⁴⁸ 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 claramente 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 general del derecho o se considera como fuente de las obligaciones. Así, en el primer caso, 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 el segundo, como fuente de las obligaciones, “consiste en una atribución patrimonial sin una justificación que la explique, de modo que, constatado, se impone la obligación de restituir”.¹⁴⁹

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 justificada.¹⁵⁰

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 injusto.¹⁵¹ Lo que a nuestro juicio excluye

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, “El enriquecimiento sin causa”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIII, N° 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 72 y 73.

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, “El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena”, ob. cit., p. 18.



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 CF,¹⁵² 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 hecho.¹⁵³

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, considerada 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 prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido.¹⁵⁴

¹⁵² Se refiere al Código de Familia de Cataluña.

¹⁵³ ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, ob. cit., p. 186.

¹⁵⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, ob. cit., p. 69.

Es aquella que el legislador reserva para los 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 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 futuro.¹⁵⁵

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 texto.¹⁵⁶

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 en que exista un riesgo, sino que por razones principalmente de equidad se han establecido otros criterios para reparar los daños ocasionados.

¹⁵⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil", ob. cit., p. 8.

¹⁵⁶ CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, "El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena", ob. cit., p. 20.



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 está 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 semejantes de matiz social. Así se han incorporado a esta determinación 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”.¹⁵⁷

“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 un 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 inerte 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 equidad.”¹⁵⁸

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 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 equidad.¹⁵⁹

¹⁵⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 90.

¹⁵⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 91.

¹⁵⁹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 91.

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 autoridad.¹⁶⁰

Según Zarraluqui, “quizá este carácter ambiguo e indefinido se justifique mejor si se considera la obligación como producto más bien del principio real que inspira o debe inspirar esta responsabilidad objetiva, que es la *equidad*”.¹⁶¹

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.

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 patrimonial de todo tipo, derivada de no poder realizar una actividad re-

¹⁶⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, ob. cit., p. 73.

¹⁶¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 129.



munerada o lucrativa, se denomina COSTO DE OPORTUNIDAD LABORAL.

En sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 5 de noviembre de 2007, en causa Rit C-438-2005, se señala “que la naturaleza jurídica de la institución en Chile no tiene un carácter alimenticio, sino más bien encuentra su fundamento en el carácter resarcitorio de ciertos perjuicios, ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común, y que principalmente se relacionen con las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería y los perjuicios derivados del *costo de oportunidad laboral* que se refiere a las proyecciones de vida laboral futura”.

En igual sentido, sentencia del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, de fecha 21 de agosto de 2008, en causa Rit C-1692-2008, expresa “que, por último, la compensación económica tiene un carácter netamente indemnizatorio, por tanto, para que proceda, es menester que el cónyuge beneficiario, por causa del matrimonio, se haya visto impedido o limitado respecto del ejercicio de una actividad remunerada”.

Para terminar, podríamos señalar que estimamos que no se trata de una simple obligación legal, aunque tiene el mismo origen, porque su objeto es compensar (que es sinónimo de indemnizar, reparar o resarcir algún daño) un menoscabo (sinónimo de daño o perjuicio) económico (art. 61 NLMC), y además porque deben acreditarse los requisitos de procedencia para su nacimiento, no opera en todos los casos o de pleno derecho.

4. OBLIGACIÓN DE LOS EX CÓNYUGES DE PROCURARSE SU MANTENIMIENTO

Una de las consecuencias que genera el retiro del estatuto protector del matrimonio es poner fin al derecho de alimentos, lo que implica la obligación de los cónyuges divorciados de mantenerse por sí mismos. Máxime si las obligaciones y derechos de carácter patrimonial entre los cónyuges expiran desde que quede ejecutoriada la sentencia que declare el divorcio, según lo dispuesto por el artículo 59 NLMC.

La jurisprudencia ha sido uniforme en el sentido señalado, así la sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 30 de julio de 2007, en causa Rol 2776-2007, señala “que el matrimonio implica una comunidad de vida y de afectos que la ley protege, estableciendo los deberes y obligaciones derivados de esa institución con relación a los cónyuges, los hijos y los bienes. Sin embargo, la actual Ley de Matrimonio Civil, en su artículo 42, reglamenta su término, disponiendo luego los efectos del divorcio vincular, al prevenir en su artículo 59 que este producirá efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declara. El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial que tengan por fuente al matrimonio, sea desde el punto de vista de la titularidad o del ejercicio de los derechos. Por consiguiente, la obligación alimenticia termina legalmente como consecuencia del fallo que pone fin a la unión matrimonial y una vez que este se encuentre ejecutoriado”.¹⁶²

Lógicamente no existe título para demandar alimentos por parte del ex cónyuge, además, como lo señalará Claro Solar: “los alimentos no pueden ser un medio de liberarse de la dura ley del trabajo; otra cosa sería fomentar la pereza y el ocio. El juez debe desechar, pues, la demanda de quien no esté impedido para trabajar y no lo hace”.¹⁶³

En el Código Civil alemán se consagra expresamente la obligación de los ex cónyuges de procurarse su propio sustento, como un principio de autorresponsabilidad, en el artículo 1569.¹⁶⁴

En España, sin embargo, en el Código Civil no se ha llegado a hacer explícito que cada esposo tenga, después del divorcio, la obligación o el deber de procurar su propio mantenimiento, como hace, por ejemplo, la legislación canadiense. *La Divorce Act...* hace explícito que uno de los fines de la pensión post divorcio es que el acreedor de la pensión haga lo posible por procurar su futura autosuficiencia patrimonial.¹⁶⁵

¹⁶² En el mismo sentido, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, de fecha 16 de abril de 2008, en causa Rol 218-2008.

¹⁶³ CLARO SOLAR, Luis, citado por ORREGO ACUÑA, Juan, *Los alimentos en el derecho chileno*, Metropolitana, Santiago, Chile, 2007, p. 49.

¹⁶⁴ CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, artículo 1569: “principio de la autorresponsabilidad. Tras el divorcio incumbe a cada cónyuge procurarse por sí mismo su sustento...”.

¹⁶⁵ GARCÍA RUBIO, María, “La pensión compensatoria tras la separación o el divorcio en el derecho español”, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2009, pp. 110 y 111.

Resulta clara la distinción en la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 20 de mayo de 2008, en causa Rol 2499-2007, que expresa: “no está de más señalar que para la fijación de la compensación económica se pueden utilizar todas las alternativas que hagan posible su cumplimiento, pero en ningún caso ella se puede transformar en una especie de pensión alimenticia”.

5. QUANTUM

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

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 \$ 165.000¹⁶⁶ mensuales, por doce meses y por veinte años, da como resultado \$ 39.600.000. Si agregamos que el obligado al pago es un trabajador que gana el ingreso mínimo, resulta claramente imposible de cumplir dicha obligación.¹⁶⁷

Ello en términos prácticos, ya que en términos estrictamente jurídicos 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

¹⁶⁶ Ley N° 20.359 artículo 1° inc. 1°: “Elévase, a contar del 1 de julio de 2009, de \$ 159.000 a \$ 165.000 el monto del ingreso mínimo mensual para los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad”.

¹⁶⁷ 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 dejado de obtener a consecuencia de haberse dedicado al cuidado de la familia, sino la oportunidad de obtener, lo que es distinto”.

el matrimonio,¹⁶⁸ y mucho menos cuánto 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 prestación,¹⁶⁹ con la consecuencia

¹⁶⁸ “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*, ob. cit., p. 153.

¹⁶⁹ 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 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”. Fórmula que lamentablemente ha sido utilizada, por algunos Tribunales de Familia, en algunos fallos, como por ejemplo, sentencia del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 2 de junio de 2009, en la causa Rit C-5351-2008. En apoyo de esta forma de cálculo los profesores Pizarro y Vidal, en PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 92.

ya indicada de establecer cantidades un tanto exageradas,¹⁷⁰ lo que por lo señalado no compartimos.

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. 3º 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 3º, 27 y 55.

En definitiva, el quantum estará determinado por la pérdida de una oportunidad laboral, 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 acreedor¹⁷¹ (en este sentido, similar a la cuantificación del daño moral), respondiendo su determinación a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad¹⁷² que la hagan compatible

¹⁷⁰ Según información publicada el día sábado 20 de diciembre de 2008, en el diario *El Mercurio*, Cuerpo B, Economía y Negocios, el monto promedio de las compensaciones económicas fijadas por los Tribunales es de \$ 30.000.000, con un mínimo de \$ 541.000, y un máximo de \$ 700.000.000 más 50% de una propiedad evaluada en \$ 545.000.000 y seguro de salud. Estudio de 50 sentencias entre 2004 a 2007 de primera y segunda instancia, p. 8.

¹⁷¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil", ob. cit., p. 89.

¹⁷² VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Algunas reflexiones sobre la compensación económica", ob. cit., pp. 182 y 183. Así, sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 1 de junio de 2009, en causa Rol 3079-2009, "...es evidente que la compensación no es una pensión que deba ser pagada periódicamente y en forma vitalicia, pues sin calificar jurídicamente su naturaleza y teniendo pre-

con la subsistencia de la vida familiar después de la ruptura. Lo anterior, en 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.

La Excelentísima CORTE SUPREMA, en sentencia de 27 de abril de 2009, en causa Rol 904-2009, señala “que, sobre el particular, es del caso hacer presente que la compensación económica no corresponde al valor exacto de lo que habría podido obtener el cónyuge beneficiario de haber trabajado o de haberlo hecho en mayor medida. En efecto, mediante esta institución *no se trata de indemnizar la pérdida de una ganancia probable*, es decir, su objetivo no es restituir lo perdido por su equivalente exacto y sólo se busca mitigar la situación económica desmedrada que afecta a quien tiene derecho a ella. Es el juez de la causa quien debe apreciar, en cada caso en particular, los criterios subjetivos del pasado de los cónyuges y las situaciones del futuro que el legislador sugiere para determinar su existencia y monto”.

En definitiva, como muy bien señala la profesora Turner: “propender a una aplicación razonable de la compensación económica consagrada en los artículos 61 y siguientes de la mencionada ley. Y por razonable entiendo una aplicación acorde con su naturaleza jurídica de reparación de un detrimento patrimonial sufrido que implica saber qué es lo que se indemniza y a cuánto asciende el daño. En otras palabras, alejarse de considerar a la compensación como una sanción para el cónyuge que trabajó remuneradamente durante el matrimonio o como un premio simbólico para aquel que se dedicó al trabajo doméstico”.¹⁷³

No obstante, existe una gran diversidad de opiniones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, no sólo en este tema sino en varios otros, como se analizará más adelante. Situación

sente que se busca compensar un detrimento económico, este debe traducirse en un monto fijo, racional y proporcional a las circunstancias de las partes, sin perjuicio de la forma de pago que se establezca”.

¹⁷³ TURNER SAELZER, Susan, “La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica”, ob. cit., p. 211.



que tiene obviamente su reflejo en el trabajo de nuestros parlamentarios, por lo que se han presentado varios proyectos de ley para modificar algunos aspectos de la institución.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Así, la presidenta de la Comisión de familia de la Cámara de Diputados, diputada María Angélica Cristi, aclaró que la compensación económica está contemplada en la ley, pero al haber varias propuestas legislativas que querían modificarla o perfeccionarla se optó por hacer un diagnóstico y compilación de las 16 mociones (boletines 3536; 3541; 3550; 3551; 3555; 3593; 3659; 3731; 3732; 3972; 4574; 4602; 4745; 5104; 6008 y 6267) [en línea]

<http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=36090> [visitado el 13 de octubre 2009].

Capítulo Cuarto

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

1. OPORTUNIDAD PARA SOLICITARLA

La oportunidad 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 colige 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, cumpliendo, 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. 59¹⁷⁵ de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales

¹⁷⁵ Ley N° 19.968, artículo 59: "Citación a audiencia preparatoria. Admitida la demanda, el tribunal citará a las partes a una audiencia preparatoria, la que deberá realizarse en el más breve plazo posible.



de Familia¹⁷⁶ y los principios de bilateralidad de la audiencia y de buena fe procesal.

El demandado podrá ejercer su acción como demanda reconvenzional. 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 inmediato, *respetando los plazos legales* y asegurando llegue oportunamente a conocimiento de la otra parte.¹⁷⁷

Resulta claro que en caso de reconversión 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, eso desde el punto de vista procesal; desde la perspectiva civil, caducará el derecho.

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 preparatoria. Dicho deber de información se ha estimado como un trámite esencial subsanable sólo con la nulidad de la sentencia.

Aun después de la reforma del art. 64 NLMC, por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 27 de

En todo caso, la notificación de la resolución que cita a la audiencia preparatoria deberá practicarse siempre con una antelación mínima de quince días...”.

¹⁷⁶ En adelante, LTF.

¹⁷⁷ Ley N° 19.968, artículo 58: “Contestación de la demanda y demanda reconvenzional. El demandado deberá contestar la demanda por escrito, con al menos cinco días de anticipación a la fecha de realización de la audiencia preparatoria. Si desea reconvenir, deberá hacerlo de la misma forma, conjuntamente con la contestación de la demanda y cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo anterior. Deducida la reconversión, el tribunal conferirá traslado al actor, quien podrá contestarla por escrito, u oralmente, en la audiencia preparatoria.

En casos calificados, el juez, por resolución fundada, podrá autorizar al demandado a contestar y reconvenir oralmente, de todo lo cual se levantará acta de inmediato, asegurando que la actuación se cumpla dentro del plazo legal y llegue oportunamente a conocimiento de la otra parte.

La reconversión continuará su tramitación conjuntamente con la cuestión principal”.

agosto de 2009, en causa Rol 1786-2009, que resuelve “entrando al estudio de la causal invocada, se puede constatar, revisados los antecedentes extraídos del sistema computacional y los audios de las audiencias realizadas en estos antecedentes, que el fundamento de hecho del recurso que se analiza es efectivo, ya que consta que el tribunal a quo no dio cumplimiento a un trámite esencial, como es lo dispuesto en el referido artículo 64 de la Ley N° 19.947, que señala: “A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto.

Si no se solicitare en la demanda, el juez *informará* a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria”. Que la situación anteriormente descrita importa, entonces, un vicio de procedimiento que encuadra en la *causal de nulidad* de forma contemplada en el N° 9 del artículo 768 del Código de enjuiciamiento en lo civil, en relación con el artículo 64 de la Ley N° 19.947 y que autoriza a esta Corte para acoger el recurso en examen, anula en consecuencia la sentencia y lo obrado, retro trayendo la causa al estado de celebrarse nueva audiencia preparatoria, con las partes del proceso debidamente emplazadas”.¹⁷⁸

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 de compensación económica y conceder al demandado

¹⁷⁸ 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.



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. 2º 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. 3º NLMC), para fundamentar la decisión.

Resulta imperioso reformar la Nueva Ley de Matrimonio Civil, en el mencionado artículo 64 (nuevamente), a efecto de mantener la obligación de informar sobre la existencia de este derecho *en la resolución que provee la demanda, y no en la audiencia preparatoria*, de forma tal de no modificar por esta vía el procedimiento, concediendo plazos no previstos en la ley y dilatando innecesariamente los juicios. Así, se estaría garantizando la debida información a los cónyuges y permitiendo el ejercicio de la acción, máxime si las partes tienen la obligación de comparecer patrocinadas por abogado habilitado, lo que en cierta forma facilita también que las partes sean debidamente informadas.¹⁷⁹

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

¹⁷⁹ Ley N° 19.968, artículo 18: “Comparecencia en juicio. En los procedimientos que se sigan ante los juzgados de familia, las partes deberán comparecer patrocinadas por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y representadas por persona legamente habilitada para actuar en juicio, a menos que el juez en caso necesario las exceptúe expresamente, por motivos fundados en resolución que deberá dictar de inmediato”. Este artículo fue reemplazado por la Ley N° 20.286.

algunos efectos especialmente de orden económico, como son los alimentos entre los cónyuges y los derechos hereditarios, lo que no ocurre con el divorcio y la nulidad. La compensación económica obedece a una lógica distinta, porque al haber divorcio o nulidad se perderán los derechos de alimentos y los hereditarios, así como otros beneficios previstos para el cónyuge, tales como los relacionados con prestaciones de salud o de carácter previsional, lo que no ocurre con la separación.¹⁸⁰

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”.¹⁸¹

¿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 NLMC,¹⁸² que señala que el acuerdo se entenderá 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,

¹⁸⁰ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 599.

¹⁸¹ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, ob. cit., p. 422.

¹⁸² 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 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”.

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 son 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 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 compensación.¹⁸³

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 la 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 materia de compensaciones, sino que ha de estar incluida en el artículo que encabeza este párrafo, a fin que se hagan aplicables sus normas a ambas instituciones: el divorcio y la nulidad”.¹⁸⁴

Refuerzan esta interpretación las leyes posteriores dictadas en esta materia. Así, la Ley N° 20.239 se titula “LIBERA DE IMPUESTO A LA RENTA A LAS COMPENSACIONES ORIGINADAS AL TÉRMINO DE UN MATRIMONIO”, y en el caso de la reforma previsional, Ley N° 20.255, que incorporó dos artículos, 80 y 81, en el párrafo, denominado “COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN MATERIA PREVISIONAL EN CASO DE NULIDAD O DIVORCIO”.

¹⁸³ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 591.

¹⁸⁴ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 599.

En el derecho comparado la compensación esta regulada en los casos de separación o divorcio,¹⁸⁵ excepcionalmente en España, procede una indemnización en los casos de nulidad.¹⁸⁶

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 (no operan de pleno derecho); además y como resulta lógico todos ellos deben acreditarse en juicio,¹⁸⁷ están establecidos en el art. 61 NLMC, y ellos son: que se trate de un 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:

¹⁸⁵ 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...”.

¹⁸⁶ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, artículo 98: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

¹⁸⁷ 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. En similar sentido, sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 24 de marzo de 2008, en causa Rol 53-2008, que señala: “el cónyuge que pretende esta compensación debe solicitarla en la oportunidad procesal pertinente y acreditar en autos los presupuestos que la hacen procedente. Se trata de una acción cuyo objeto es el reconocimiento del derecho a ser resarcido por el menoscabo padecido y, la cosa pedida, la suma en que se lo cuantifica. La causa de pedir radica en la calidad de cónyuge más débil, impedido de desarrollar una actividad remunerada o limitado en razón de lo que podía o quería, por haberse dedicado al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar durante la vida marital”. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 3 de abril de 2008, en causa Rol 1947-2007, que expresa: “los elementos constitutivos de la compensación económica, a saber: a) Que uno de los cónyuges se haya dedicado durante el matrimonio, exclusiva o preferentemente, al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común; b) Que por esa dedicación –y no por otra causa– ese cónyuge no haya desarrollado una actividad remunerada o lo haya hecho en una menor medida que la que podía y quería; y c) Que el divorcio o nulidad matrimonial cause a ese cónyuge un menoscabo económico”.

3.1. QUE SE TRATE DE UN JUICIO DE DIVORCIO O DE NULIDAD DE MATRIMONIO

Podríamos decir que este derecho nace precisamente cuando termina el matrimonio, por lo que el primer requisito dice relación con la exigencia que se trate de un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, y como consecuencia ejecutoriada la sentencia surge el derecho del cónyuge acreedor para exigir su cumplimiento.

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 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 causa.¹⁸⁸

Obviamente esto se relaciona con el art. 64¹⁸⁹ NLMC, es decir, con la oportunidad para solicitar la compensación económica, por lo que, como hemos señalado, la acción de compensación es dependiente del juicio de divorcio o nulidad de matrimonio. Como se colige, no se puede solicitar en un juicio distinto, y en su caso, si se rechaza la acción principal, el tribunal debe rechazar como consecuencia la compensación, sin analizar si cumple o no con los otros requisitos.

Es obvio que no corresponde a un punto de prueba en el respectivo juicio de nulidad o divorcio, toda vez que la acción debe entablarse conjuntamente.

¹⁸⁸ 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 ÁGUILA, sólo SUSAN TURNER lo excluye expresamente, y JAVIER BARRIENTOS lo exige como condición para su procedencia, aunque sin mayor argumento.

¹⁸⁹ Ley N° 19.947 artículo 64: “A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto.

Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria.

Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvencción, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad”.

Se ha planteado la posibilidad de hacer reserva de derechos para demandar en un juicio distinto, lo que por lo razonado no procede. Tal como lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia de fecha 2 de julio de 2009, causa Rol 82-2009, que señala: “en cuanto a la última, constituida por la reserva de demandar por cuerda separada las compensaciones económicas, ella no es procesalmente pertinente, desde que tales compensaciones sólo pueden pedirse conjuntamente con la demanda de divorcio, en un escrito complementario o en la reconvencción, conforme dispone el artículo 64 de la Ley N° 19.947, y no por cuerda separada”.

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, haciendo la comparación con la capacidad delictual en el esquema de responsabilidad extracontractual propuesto por el profesor 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 de que se deriva esa responsabilidad”.¹⁹⁰

A efectos de poder exigir su cumplimiento será menester además que se declare el divorcio o la nulidad y que la respectiva sentencia se encuentre firme y ejecutoriada.

¹⁹⁰ TURNER SAELZER, Susan, “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función”, *Estudios de derecho civil*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LexisNexis, Valdivia, 2004, pp. 483 y 484.



3.2. LA EXISTENCIA REAL Y EFECTIVA DE UN MENOSCABO ECONÓMICO¹⁹¹

La ley no define qué 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 matrimonio.¹⁹²

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 menos-

¹⁹¹ 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”.

¹⁹² VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 258. Similares argumentos en VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación económica por ruptura matrimonial”, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2009, pp. 22 y siguientes. Aunque parece cambiar de opinión, como se mencionará más adelante.



cabo como para determinar el monto a que debe ascender la compensación.¹⁹³

Para Ramón Domínguez Águila, “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”.¹⁹⁴

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 podía.¹⁹⁵

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 haber desarrollado una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería; b) El perjuicio consistente en el coste de oportunidad laboral, por no haber podido prepararse y desarrollarse profesionalmente para mantener o incrementar sus posibilidades de acceso al trabajo en condiciones de mercado.¹⁹⁶

¹⁹³ 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]

¹⁹⁴ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, ob. cit., p. 87.

¹⁹⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, ob. cit., p. 86.

¹⁹⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, ob. cit., p. 425.



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).¹⁹⁷

Con opinión similar, los profesores Pizarro y Vidal han señalado recientemente que la noción de menoscabo se revela compleja: “en primer lugar, hay dos causas que explican el menoscabo, una remota o mediata y otra inmediata. La primera es la dedicación a la familia y la consiguiente total o parcial postergación laboral; allí está el germen del menoscabo, que arrastra en el tiempo, empobreciendo al cónyuge dedicado. Luego existe una causa inmediata, que es el divorcio o la nulidad –la terminación del matrimonio–, que hace desaparecer el estatuto del matrimonio y principalmente el deber de socorro en su principal manifestación de derecho de alimentos, los regímenes matrimoniales, la posibilidad de afectar un bien como familiar y los eventuales y futuros derechos sucesorios recíprocos. Sin la terminación del matrimonio, el empobrecimiento a que se alude tiene una causa y, por consiguiente, no aflora de manera alguna.

En segundo lugar, el menoscabo económico admite dos dimensiones. La primera se manifiesta en la disparidad económica, que es el resultado concreto de que el empobrecimiento arrastrado en el tiempo deja de tener una causa que lo justifique. Los cónyuges abiertamente quedan en un pie de desigualdad para enfrentar una vida separada en el futuro. El cónyuge dedicado a la familia o perdió su autonomía económica, o nunca la adquirió. Esta dimensión se materializa en una carencia de medios para enfrentar la vida futura y separada. La otra dimensión es consecuencia necesaria de la primera y consistente en el inminente empeoramiento que sufrirá en el futuro y que tiene título y derecho”.¹⁹⁸

¹⁹⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio”, ob. cit., p. 28. SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 160.

¹⁹⁸ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., pp. 62 y 63. En los mismos términos, VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La noción de menoscabo económico en la compensación*

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.

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.

económica por ruptura matrimonial. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI, Chile, 2° semestre 2008, pp. 314 y siguientes.



Situación que, como hemos analizado, dista mucho de las nociones de *desequilibrio económico* del artículo 97 del Código Civil español, y de *la disparidad en las condiciones de vida* luego de la ruptura que exige el artículo 270 del Código Civil francés. En ambos casos, además, los requisitos exigidos por el artículo 61 NLMC, mencionados en el párrafo precedente, son sólo criterios para fijar la cuantía. Ello determina las diferencias que existen entre nuestra prestación y las reguladas en el derecho comparado.

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, es decir, consiste en el *costo de oportunidad laboral*.

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. Por último, no comprende una compensación a la disminución del nivel de vida que el cónyuge tenía durante el matrimonio y, por lo mismo, no persigue ponerlo en ese mismo nivel.¹⁹⁹

Se justifica resarcir este detrimento por la pérdida del estatuto protector de matrimonio, prescrita por el artículo 60 NLMC.²⁰⁰ Por lo mismo no procede esta prestación en sede de separación, y sí en los casos de ruptura del vínculo, en que se hacen patentes los daños ocasionados.

El menoscabo está compuesto por las circunstancias establecidas en el art. 62 NLMC. Obviamente, resulta claro que siendo el elemento esencial²⁰¹ de procedencia de la compensación, será

¹⁹⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 8.

²⁰⁰ Ley N° 19.947, artículo 60: “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...”.

²⁰¹ Sentencia del JUZGADO DE LETRAS, GARANTÍA Y FAMILIA DE CHANCO, de fecha 7 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 CONCEPCION, 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 aun deseable para muchos matri-

menester acreditarlo en juicio, por lo que no compartimos la idea que se puede establecer una presunción de menoscabo²⁰² por el hecho de haberse dedicado al cuidado de los hijos y/o del hogar común y no haber realizado actividad remunerada.

Así, 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 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 QUERÍA²⁰³

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.

La exigencia de no haber realizado actividad remunerada o lucrativa, o si sólo lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tiene necesariamente que ser consecuencia de la dedicación al cuidado de los hijos o las labores del hogar, existiendo una

monios que ella permanezca en el hogar cuidando a los hijos o atendiendo a las labores propias de la familia (Ramón Domínguez Á., *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”.

²⁰² En este sentido, en 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”.

²⁰³ Se ha estimado que el hecho de 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.

relación de causa a efecto. Situación que no puede asimilarse a exigir al cónyuge beneficiario tener título técnico o profesional, u otro tipo de condiciones objetivas para el trabajo.

Algunos plantean que no bastaría con una aptitud genérica para trabajar, sino que ella debería ser medida en concreto, según el grado de especialización, nivel de vida y entorno socioeconómico del beneficiario. El peligro es transformar las condiciones de vida conyugal en una verdadera garantía de un cierto estatus económico. Esa función de aseguramiento de un cierto estatus conduce a la profesionalización del matrimonio. Extremo que debería mantenerse tanto alejado de la finalidad de la compensación económica como la finalidad punitiva.²⁰⁴

Se trata de dos situaciones distintas: en primer lugar, el juez al determinar la procedencia de la compensación deberá verificar si realizó actividad remunerada o lucrativa, o más bien la demandante no realizó actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, de modo tal que si la demandante trabajó durante el matrimonio no procede la compensación.

El artículo 62 del proyecto del Senado se hacía cargo de esta situación y reconocía el derecho a quien se ha “dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común”. Sin embargo, la ley no hace esta distinción y de ello se infiere que el que pretende sólo deberá probar que por su dedicación a la familia no pudo desarrollar una actividad como podía y quería y que de la declaración de divorcio o nulidad se sigue un menoscabo económico. En efecto, no se exige exclusividad en la dedicación, pudiendo ser procedente por dedicación parcial. En la sociedad chilena este supuesto es recurrente tratándose de un matrimonio de profesionales en que uno de ellos opta por trabajar en forma intensa, y el otro, normalmente la mujer, asume un compromiso laboral de medio tiempo para administrar las cuestiones del hogar y la organización de actividades y atenciones de los hijos. Claro que en este supuesto el monto será de una menor entidad atendida la circunstancia de que el requirente trabajó, aunque sea en forma parcial, manteniendo una cierta autonomía económica. En otros términos, dedicó tiempo y esfuerzos en una

²⁰⁴ TURNER SAELZER, Susan, “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función”, *ob. cit.*, p. 505.

proporción superior al otro y esa sola circunstancia implica un mayor sacrificio. Con todo, en ciertos casos, si dicha diferencia es sutil o escasa se hará improcedente, entendiéndose que no concurre ningún menoscabo relevante.²⁰⁵

Por tanto, quien alegue haber realizado un trabajo parcial o haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa en menor medida de lo que podía y quería, tendrá la carga de acreditar que tenía las condiciones objetivas, dada la combinación del elemento subjetivo “quería”, y del elemento objetivo “podía”. Que no es aplicable a la hipótesis en que no realizó actividad lucrativa, ya que el legislador no lo exige.

Sólo en los casos en que la demandante realizó una actividad en forma parcial, ya sea que por dedicarse al cuidado de los hijos abandonó su trabajo o lo hizo durante un tiempo solamente (pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en que las mujeres dejan su profesión o su trabajo una vez que nacen sus hijos), o en aquellos casos en que sólo se trabaja en jornada parcial.

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 lucrativa.²⁰⁶

Por último, en este apartado se ha planteado por algunos autores que se incluiría un elemento volitivo o de carácter

²⁰⁵ PIZARRO WILSON, Carlos, y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 53.

²⁰⁶ 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, *si 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.

subjetivo;²⁰⁷ 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).²⁰⁸

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 de que no sea remunerada es menos importante.

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

²⁰⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 21.

²⁰⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, ob. cit., p. 86.

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 asistido por terceros, entiéndase servicio doméstico.²⁰⁹

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 compensación.²¹⁰

²⁰⁹ 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 estos que esta ayuda doméstica 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”.

²¹⁰ 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 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”.

Por último, es indiferente si el no desarrollar actividad remunerada por la dedicación a la familia es una decisión voluntaria o impuesta.²¹¹

Es importante considerar la relación de causalidad que debe existir entre los requisitos de procedencia que hemos analizado. De esta forma la profesora Susan Turner ha planteado que “en la compensación económica la exigencia de una relación de causalidad se expresaría en que los daños –menoscabo económico, en los términos del art. 61 LMC– deben estar condicionados por el matrimonio, es decir, que sin este el resultado dañoso no se produciría. Al matrimonio como condición *sine qua non* del menoscabo se llega a través de la reconstitución de una verdadera cadena de condicionantes: el cónyuge beneficiario sufrió un menoscabo económico al decretarse el divorcio o la nulidad del matrimonio debido a que no pudo desarrollar actividad remunerada alguna durante este, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. A su vez, esta inactividad se produjo por haberse dedicado ese cónyuge al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común. Suprimido el hecho del matrimonio, desaparece entonces la causa primitiva del menoscabo”. Deberíamos, eso sí, precisar que si bien durante el matrimonio existe el daño, es ocultado o disfrazado (e incluso en cierta forma compensado) por el estatuto protector del matrimonio. Y en consecuencia, como lo hemos venido sosteniendo, se hará patente al momento de la ruptura, ya sea por divorcio o nulidad de matrimonio.

²¹¹ 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”.



4. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA

El artículo 62 NLMC²¹² señala cuáles son los criterios que debe considerar el juez a efecto de determinar la procedencia y la cuantía de este derecho:

²¹² Nótese la similitud con el 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°. La 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.

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;”

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 de pensión de alimentos 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, podríamos concluir que no procede la reparación cuando la convivencia es mínima, máxime si no existen hijos.²¹³

En nuestra opinión, no es un parámetro definitorio, sino corrector para la procedencia, aunque en casos extremos, como se anticipó, pudiera llegar a descartarla. Verificadas las condiciones de procedencia del supuesto del artículo 61 de la NLMC, sólo podrá interferir la situación patrimonial para ponderar la cuantía.²¹⁴

²¹³ 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 matrimonios 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”.

²¹⁴ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 73.

Sin lugar a dudas este criterio debe analizarse por el juez en relación con 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 de alimentos, 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 meses o años de matrimonio o de convivencia conyugal por el ingreso mínimo, criterio propio del lucro cesante, que a nuestro juicio está descartado.

No es posible que se utilice este derecho para conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o un derecho de nivelación de patrimonios.²¹⁵

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

²¹⁵ La jurisprudencia española, en sentencia 43/2005 y 307/2005, del Tribunal Supremo, sentó doctrina afirmando que “la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo–, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica con relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios”, en ROMERO COLOMA, Aurelia, *Indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, ob. cit., pp. 64 y 65.



liquidación,²¹⁶ para lo cual será necesario que las partes hayan aportado antecedentes sobre los bienes ingresados al régimen económico matrimonial, así como las deudas.²¹⁷

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 consideran de acuerdo con el 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 senadores señores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín.²¹⁸

En este sentido, el 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”.²¹⁹

El senador señor Espina expresó: “Señor Presidente, tiene razón el honorable señor Chadwick: en la Comisión se trató de evitar que la persona culpable del divorcio exija compensación. Imaginemos el caso de alguien que comete acciones de violencia

²¹⁶ VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, ob. cit., p. 184. Así también se ha entendido en España, véase SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 160.

²¹⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio”, ob. cit., p. 31.

²¹⁸ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 1751 y 1752.

²¹⁹ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 2045.

intrafamiliar en contra de uno de los cónyuges y presenta la demanda de divorcio. Se podría dar el absurdo, en el caso de no existir una norma de esta naturaleza, que el juez condene a la agredida o al agredido a pagar una compensación económica al agresor. Por lo tanto, la frase ‘la buena o mala fe’, como lo explicitó el honorable señor Chadwick –pido excusas por no recordar exactamente la razón de su incorporación en la norma– es razonable, porque de lo contrario podemos introducir un factor que distorsione todo el sentido de la ley. Por lo tanto, es imprescindible mantenerla e, incluso, dejar consignado para la historia fidedigna de la ley cuál es el propósito que ella tiene.²²⁰

Inicialmente la consideración a la buena fe es incorporada por la Indicación al Proyecto de Ley de Divorcio presentada por los senadores señores Chadwick, Romero, Diez, que en su artículo 48 señalaba: “por la declaración de nulidad se tendrá el matrimonio como no celebrado para 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”.

Norma similar a la del art. 98 del Código Civil español: “El cónyuge de *buena fe* cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97”.

A pesar de lo que consigna la historia de la ley, parece que no se aplica a los casos de divorcio, atendida la facultad que le concede el artículo 62 inciso 2º, que podrá denegar o disminuir prudencialmente el monto de la compensación al cónyuge que dio lugar a la causal de divorcio por culpa, del artículo 54 NLMC.

Nada impide que dada la confusión existente, la aplicación de este criterio derive a otras circunstancias, como por ejemplo, la distracción u ocultación de bienes,²²¹ situación que en los casos

²²⁰ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 2045 y 2046.

²²¹ Código Civil, artículo 1768: “Aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada”.



de existir sociedad conyugal o en el régimen de participación en los gananciales tiene una sanción, pero no ocurre lo mismo en el régimen de separación de bienes.

Así las cosas podrían aplicarse, a nuestro juicio, siempre que se trate de situación con un contenido exclusivamente patrimonial, como por ejemplo, si el cónyuge que solicita compensación oculta que ha realizado efectivamente actividades remuneradas o lucrativas, o si el cónyuge deudor enajena sus bienes, de forma de no tener patrimonio, y burlar así la aplicación de la prestación compensatoria. Queda absolutamente excluida la posibilidad de considerar otro tipo de situaciones, como aquellas que tengan que ver con el comportamiento del deudor, toda vez que no se pretende a través de la compensación indemnizar perjuicios morales.

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 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 conyugal.²²²

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

En sentencia de fecha 25 de mayo de 2006, la Corte de Apelaciones 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,

Artículo 1792-18: “Si alguno de los cónyuges, a fin de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, se sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquellos o de estas”.

²²² CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio”, ob. cit., p. 33.

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 determinante de las necesidades del acreedor y de las posibilidades del deudor.²²³

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.

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 Previsional, dedica dos artículos a la compensación económica en los casos de divorcio o nulidad.²²⁴

²²³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 206.

²²⁴ 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.

Dichas disposiciones entraron en vigencia el primero de octubre de 2008, y se aplicarán a los juicios de divorcio o nulidad que se inicien con posterioridad a dicha fecha.²²⁵

No se trata de una compensación distinta, sino, tal como lo señala el art. 80, ya citado, considera la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62, es decir, permite al juez cuantificar o mensurar el daño previsional, lo que de ningún modo restringe la compensación sólo a los fondos que se puedan traspasar. Es decir, la demandante podrá solicitar el traspaso de hasta el 50% de los fondos y una suma determinada de dinero, en forma conjunta o una en subsidio de la otra.

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 este no posee una, se ordenará que se proceda a abrir una al efecto.

Señalamos que se trata de una facultad del juez, pues la redacción del precepto utiliza el término *podrá* ordenar el traspaso de fondos. Además exige que se acredite un menoscabo, a lo menos parcial, y que se aprecie en el marco de la situación en materia de beneficios previsionales.

En este sentido, resulta dudoso el acuerdo de las partes en esta materia, toda vez que por regla general estos fondos de pensiones son indisponibles para las partes, y el precepto no lo autoriza.

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

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”.

²²⁵ Ley N° 20.255, artículo vigésimo quinto transitorio: “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”.

(AFP), y no a quienes cotizan en el Instituto de Normalización Provisional (INP), o en las Cajas de Previsión de las Fuerzas Armadas. Esta situación no corresponde a una discriminación, ya que, como lo señalamos en otra publicación, en estos últimos casos no se puede aplicar, dado que la reforma sólo se refiere a las personas que se encuentran en el sistema de AFP, que es de capitalización individual, y por lo tanto es factible determinar el monto y proceder al traspaso, en cambio en los otros sistemas solidarios de pensiones, los afiliados no disponen de sus fondos sino hasta el momento de su jubilación.

Ahora, nada impide que se decrete como forma de pago la retención de un porcentaje de la pensión que el cónyuge deudor reciba.

El beneficio deberá solicitarse en la demanda, a efecto que las partes aporten durante el juicio la información necesaria, para que el juez pueda ordenar el traspaso de dichos recursos, los que van en definitiva a quedar a disposición del cónyuge beneficiario, en la época de su jubilación.

Por último, el organismo que debe informar al tribunal, proporcionar informes técnicos generales y específicos y reglamentar el procedimiento administrativo aplicable al traspaso, es la Superintendencia de Pensiones (por lo que se deberá oficiar al efecto).

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 presentes.²²⁶

La compensación de pensiones no es una idea original, como hemos podido revisar. El Código Civil alemán, en el artículo 1587, señala al respecto sobre los “derechos de pensión compensables. Procede una compensación de pensiones entre los cónyuges divorciados en la medida en que se hubieran creado o mantenido, constante el matrimonio, para ambos o para uno de ellos expectativas o esperanzas de una pensión por razón de la edad o de la reducción de la capacidad laboral, de los tipos contemplados en el art. 1587^a, apartado 2. No se toman en consideración las expectativas o esperanzas que no se hubieran fundado o mantenido ni con la ayuda del patrimonio ni con el trabajo de los cónyuges”.

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 compensación.²²⁷

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”.²²⁸

²²⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 42.

²²⁷ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, ob. cit., p. 427.

²²⁸ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 153.

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 cónyuges; que el 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 injusto.²²⁹

En este último criterio debe considerarse que debe tratarse de actividades lucrativas, comerciales, industriales o profesionales. Como por ejemplo, en aquellos casos en que la mujer colabora con su marido en las actividades mercantiles o profesionales, sin recibir un sueldo, salario o cualquier tipo de remuneración.

Si bien aquí la actividad realizada por el acreedor de la compensación cede en beneficio del cónyuge deudor, también se beneficia la familia, en su conjunto. Deben, eso sí, acreditarse los demás requisitos de procedencia, en lo que importa el haberse dedicado a la familia y al hogar común.

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”.²³⁰

²²⁹ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 155.

²³⁰ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, ob. cit., p. 408.

Se ha planteado por varios autores que a efecto de determinar la cuantía, se apliquen dichos criterios analizados con una triple mirada: hacia el pasado, el presente o hacia el futuro.²³¹ Sin embargo, la misma noción de compensación implica sólo una mirada hacia el pasado.²³² La duración del matrimonio, criterio utilizado por el art. 62 NLMC; el límite establecido para el traspaso de fondos de pensiones, del art. 80 Ley N° 20.255, corroboran lo expresado.

La mirada hacia el futuro está fuertemente influenciada por el carácter asistencial que se le asigna a la compensación económica, una especie de pensión de alimentos, como se ha analizado en el apartado de la naturaleza jurídica, visión incompatible con la naturaleza resarcitoria, y con los artículos 61 a 66 NLMC. A modo de ejemplo, se podría considerar la situación en materia de beneficios previsionales como un caso típico de orientación hacia el futuro; sin embargo, el mencionado art. 80 Ley N° 20.255 faculta al juez para traspasar los fondos acumulados por el cónyuge deudor durante el matrimonio, lo que refuerza nuestra interpretación.

La generalidad de la doctrina está conteste de que esta enumeración no es taxativa, ello por el tenor literal del artículo en comento, “especialmente”.²³³ 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 postgrado,²³⁴ o por seguir a su cónyuge en su destino laboral, como por ejemplo, en el caso de los funcionarios diplomáticos o de las Fuerzas Armadas.

²³¹ Lo expresan de esa forma VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, ob. cit., pp. 180 y 181, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 13.

²³² En España, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., pp. 124 y 125, señala: “su denominación deriva del precepto jurídico (artículo 97 CC), que la define como aquella que sirve para *compensar* el perjuicio que un cónyuge sufre a consecuencia de la ruptura matrimonial, utilizando el término compensar en lugar de indemnizar, pero con un objetivo común. Para el Diccionario de la Real Academia compensar es “dar una cosa en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto *que se ha causado*”.

²³³ En este sentido, MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE, PAULINA VELOSO, CARMEN DOMÍNGUEZ, RAMÓN DOMÍNGUEZ, EDUARDO COURT, RENÉ RAMOS, JUAN ORREGO, PATRICIO VÉLIZ.

²³⁴ PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, ob. cit., p. 98.

La pérdida de una pensión de alimentos por parte del cónyuge que solicita una compensación económica no puede ser aceptada como un elemento o criterio para determinar la prestación, toda vez que, como se ha mencionado, es un efecto de la terminación del matrimonio por causa de divorcio, según lo que prescribe el art. 60 NLMC.²³⁵

La doctrina española²³⁶ 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 ha abandonado para dedicarse a los hijos, así como los derechos laborales extinguidos por esta 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 los arts. 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 del menoscabo y la cuantía de la compensación.

La profesora Susan Turner postula que el art. 62 sigue la tesis subjetiva del derecho español al señalar que las circunstancias

²³⁵ En este sentido, en la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 4 de diciembre de 2007, en causa Rol 2732-2006, se señala: “en efecto, no resulta pertinente fundar la petición en que el divorcio importa la pérdida de la pensión de alimentos que percibe, puesto que ello es sólo legal y lógica consecuencia del término de la relación conyugal”.

²³⁶ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., pp. 161 y 162, y LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, ob. cit., pp. 86 y 87.

en él indicadas sirven para determinar tanto la existencia del menoscabo económico como la cuantía de la compensación. Es decir, tales circunstancias no sólo cumplen una función de cuantificación del menoscabo, sino que condicionan su propia existencia. 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 injusta.²³⁷

La cuestión planteada no resulta baladí, si se piensa que, según se ha resuelto, dichos requisitos deben concurrir en forma copulativa.²³⁸

En tal sentido, “el art. 61 NLMC constituye el fundamento de derecho de la compensación económica. El art. 62 inciso 1º 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. 1º 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”.²³⁹

“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

²³⁷ 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.

²³⁸ 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 Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 12 de marzo de 2007, causa Rol 5048-2006, “...La demandante no probó los presupuestos que la hacen procedente...”.

²³⁹ 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.

reinterpretar la ley suponiendo intenciones del legislador o condiciones para la 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 ó 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, esta 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, aun por la sola decisión de uno de ellos”, pero no asocia la compensación económica a la configuración de los requisitos del artículo 61, ni define qué entiende por menoscabo económico. Diferenciándose de Hernán Corral, sostiene que el artículo 61 establece quiénes 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 este omitido por el profesor Corral”.²⁴⁰

²⁴⁰ 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].



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 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. QUIÉN 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 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 vitalicia.²⁴¹

²⁴¹ 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

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 el cual no procede

demandante confiere mandato irrevocable a su cónyuge, para que este 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 IPC 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 reconventional pagará por 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”.



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 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 insuficiente.²⁴²

También se ha entendido regulada aunque no se señale expresamente, si se deduce inequívocamente del convenio celebrado por las partes.²⁴³

²⁴² Ley N° 19.947, artículo 31: “Al declarar la operación, 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”.

²⁴³ 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*”.

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 autorizan.²⁴⁴

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”.²⁴⁵

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 cónyuges.²⁴⁶

²⁴⁴ Así, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de noviembre de 2006, en causa Rol 2863-2006, se 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”.

²⁴⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 18.

²⁴⁶ 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 información que pueden proporcionar terceros, en el art. 35 del Código Tributario,²⁴⁷ 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 respuesta 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 legal.²⁴⁸

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, de nacimiento, de cotizaciones previsionales del cónyuge beneficiario), los oficios a ciertas instituciones (como al Registro

²⁴⁷ 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".

²⁴⁸ Art. 1º Constitución Política de la República y art. 3º NLMC.



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 cuál 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 (arts. 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°²⁴⁹ de la Ley N° 14.908 sobre Abandono

²⁴⁹ Ley N° 14.908, artículo 5°: “El juez, al proveer la demanda, ordenará que el demandado acompañe, en la audiencia preparatoria, las liquidaciones de sueldo, copia de la declaración de impuesto a la renta del año precedente y de las boletas de honorarios emitidas durante el año en curso y demás antecedentes que sirvan para determinar su patrimonio y capacidad económica. En el evento de que no disponga de tales documentos, acompañará, o extenderá en la propia audiencia, una declaración jurada, en la cual dejará constancia de su patrimonio y capacidad económica. La declaración de patrimonio deberá señalar el monto aproximado de sus ingresos ordinarios y extraordinarios, individualizando lo más completamente posible, si los tuviere, sus activos, tales como bienes inmuebles, vehículos, valores, derechos en comunidades o sociedades.

Para efectos de lo anterior, el tribunal citará al demandado a la audiencia preparatoria personalmente o representado, bajo apercibimiento del apremio establecido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.

Si el demandado no da cumplimiento a lo ordenado conforme al inciso primero, o si el tribunal lo estima necesario, deberá solicitar de oficio al Servicio de Impuestos Internos, a las Instituciones de Salud Previsional, a las Administradoras de Fondos de Pensiones y a cualquier otro organismo público o privado, los antecedentes que permitan acreditar la capacidad económica y el patrimonio del demandado.

El ocultamiento de cualquiera de las fuentes de ingreso del demandado, efectuado en juicio en que se exija el cumplimiento de la obligación alimenticia, será sancionado con la pena de prisión en cualquiera de sus grados.

El demandado que no acompañe todos o algunos de los documentos requeridos o no formule la declaración jurada, así como el que presente a sabiendas documentos falsos, y el tercero que le proporcione maliciosamente documentos falsos o inexactos o en que se omitan datos relevantes, con la finalidad de facilitarle el ocultamiento de sus ingresos, patrimonio o capacidad económica, serán sancionados con las penas del artículo 207 del Código Penal.

de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, con iguales sanciones tanto civiles como penales,²⁵⁰ tal como ocurre, por ejemplo, en Francia.²⁵¹

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. 29²⁵² LTF.

Podría sostenerse que se trata de una materia estrictamente patrimonial, que mira el solo interés del cónyuge beneficiario,

La inclusión de datos inexactos y la omisión de información relevante en la declaración jurada que el demandado extienda conforme a este artículo, será sancionada con las penas del artículo 212 del Código Penal.

Los actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe, con la finalidad de reducir su patrimonio en perjuicio del alimentario, así como los actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario, podrán revocarse conforme al artículo 2468 del Código Civil. Para estos efectos, se entenderá que el tercero está de mala fe cuando conozca o deba conocer la intención fraudulenta del alimentante. Todo lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La acción se tramitará como incidente, ante el juez de familia. La resolución que se pronuncie sobre esta materia será apelable en el solo efecto devolutivo”.

²⁵⁰ LEPIN MOLINA, Cristián, “Incumplimiento de la obligación alimenticia”, ob. cit., p. 7.

²⁵¹ 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”.

²⁵² Ley N° 19.968, artículo 29 inc. 3°: “El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”.

renunciable por este, 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 están reguladas por esta facultad y que por lo tanto el juez tiene dicha potestad en la resolución de cualquier conflicto familiar. Esta última nos parece más acertada.²⁵³

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. 32²⁵⁴ 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 fondo.²⁵⁵

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

²⁵³ Así se ha resuelto, en incidente planteado, en similares términos, en causa Rit C-3216-2006, del Primer Juzgado de Familia de San Miguel.

²⁵⁴ Ley N° 19.968, artículo 32: "Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

²⁵⁵ 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 7 de marzo de 2007, causa Rol 794-2007, y misma fecha Rol 1087-2007.



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 esa tendría que ser la causa del recurso.²⁵⁶

8. FORMAS DE PAGO

8.1. REGLA GENERAL. PAGO EN UNA SOLA VEZ

En materia de pago de la compensación económica, la regla general es que deberá hacerse mediante la entrega de una suma de dinero, determinada e invariable, preferentemente en un solo acto.²⁵⁷

La firme intención del legislador es querer concentrar la determinación de la cuestión económica en un solo momento. Por lo mismo, razona sobre la idea que el monto de la compensación debe ser fijado en la sentencia y en una suma única y total que no admite revisión futura. Esto resulta ostensible de su regulación, pero también de la historia fidedigna en el Senado, de cuyo debate puede obtenerse que el esfuerzo permanente de quienes más intervinieron en él fue evitar que las cuestiones

²⁵⁶ LEPIN MOLINA, Cristián, “Breve estudio sobre la sana crítica”, *Gaceta Jurídica*, N° 319, enero, Santiago, Chile, 2007, p. 13.

²⁵⁷ 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. De igual forma se ha resuelto en nuestro país, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 24 de febrero de 2009, en causa Rol 1707-2008, que señala: “el legislador no ordena pagar una pensión mensual, sino un monto determinado que es invariable ... Luego, la compensación económica, será pagada de una sola vez, y por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas (Corte Suprema, 20 de diciembre de 2006, *Rev. Leyes y Sentencias*, N° 32, pág. 18)”. En igual sentido, la profesora Veloso ha señalado: “la ley contempla diversas posibilidades para su entero y pago. Con todo, puede sostenerse que la idea principal es pagarlo *de una sola vez*; de esta manera se evitan los inconvenientes del pago periódico, circunstancia potencialmente conflictiva a la luz de la experiencia comparada. Nótese que en Chile no se le denomina pensión, como en otros países, terminología que puede conllevar a la idea de periodicidad”, en VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, ob. cit., p. 185.



económicas dieran lugar a conflictos permanentes entre los ex cónyuges. Incluso se llegó a fundar esta forma de fijación de la compensación en que las personas de menores recursos “también tienen derecho a reconstruir su familia y vivir en paz” sin que deban estar obligados a tener que destinar el mayor porcentaje de su sueldo a la mantención de la familia antigua y no a sostener su familia nueva.²⁵⁸

La Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 29 de julio de 2009, en causa Rol 3911-2009, ha resuelto “que, a falta de acuerdo entre las partes, corresponde al juez de la causa establecer si se dan los requisitos que la institución exige y fijar su monto. De relacionar los artículos 63, 64, 65 y 66 de la Ley N° 19.947, se infiere que el legislador ordena pagar *un monto determinado invariable en el tiempo*, cualesquiera sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados –deudor o acreedor– posteriores a la sentencia que la regula”.²⁵⁹

El dinero podrá ser enterado en una o varias cuotas reajustables. Se faculta al juez para fijar cualquier forma de reajuste. La experiencia en los tribunales de familia en materia de pensiones de alimentos, considera el alza que experimente el Índice de Precios al Consumidor (IPC), que fija el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) o un porcentaje del ingreso mínimo remuneracional, que se reajusta por ley una vez al año, o también expresar el monto en unidades de fomento (UF) o unidades tributarias mensuales (UTM).

Respecto de las cuotas, el juez fijará seguridades para su pago. Por ende, el juez podrá ordenar la constitución de una caución, ya sea ordenar la constitución de una hipoteca o de una prenda, sobre bienes determinados por parte del cónyuge deudor, o dis-

²⁵⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, Seminario del Colegio de Abogados, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., pp. 5 y 6.

²⁵⁹ En igual sentido, sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 1 de junio de 2009, en causa Rol 3079-2009 señala “que, como regla general, la compensación será pagada de una sola vez y, por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas. Por consiguiente, no puede sino concluirse que aun cuando la legislación entrega amplia libertad al juez para fijar la forma de pago de la compensación, sea como capital en suma única, bajo las modalidades que establece el artículo 65 de la misma ley o en cuotas periódicas con una duración determinada”.



poner que el empleador del cónyuge deudor retenga el monto a pagar,²⁶⁰ deduciéndolo de la remuneración del obligado.

Aunque la ley nada indica, creemos posible que se establezca por el juez una *cláusula de aceleración del crédito*,²⁶¹ en el evento que el deudor no pague una o más cuotas en que se hubiere dividido el servicio de la deuda.

Todo lo anterior sin perjuicio de la facultad de las partes para solicitar las medidas cautelares pertinentes, atendidas la amplia potestad cautelar de los jueces de familia. Sin embargo, será necesario que las partes soliciten al tribunal las seguridades que estimen apropiadas, incorporando las pruebas pertinentes; por ejemplo, los documentos que acrediten el dominio de los bienes que pueden servir de garantía para el pago.

Sin perjuicio de ello, la ley faculta al juez para establecer las modalidades de pago, que estime, dado que la enumeración no es taxativa, por lo cual *podrá*²⁶² establecer las del art. 65 NLMC o

²⁶⁰ 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 Ley N° 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".

²⁶¹ 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", ob. 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, "la que se pagará a elección del recurrido de contado o en 180 mensualidades iguales 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*".

²⁶² En contra se ha sostenido que "la forma de pago de la obligación correlativa de compensación, debe ajustarse al marco legal de los artículos 65 y 66 de la LMC. La ley fija las modalidades de pago que puede adoptar e imperativamente debe inclinarse por alguna en la sentencia". PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 95.



la incorporada por el art. 80 de la Ley N° 20.255, sobre Reforma Previsional.

8.2. OTRAS MODALIDADES DE PAGO

– ENTREGA DE BIENES DETERMINADOS. Entrega de acciones u otros bienes. Se trata de la transferencia del dominio de ciertos bienes que pueden ser muebles o inmuebles, acciones u otros valores.

– DERECHOS REALES DE GOCE. 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.

– TRASPASO DE FONDOS PREVISIONALES.²⁶³ Podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al Decreto Ley N° 3.500, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado, o de no existir esta, 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.

– IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER RENTAS VITALICIAS. Existe discrepancias en la doctrina respecto a la posibilidad de regular una renta vitalicia a favor del cónyuge más débil. Creemos que si bien las modalidades de pago establecidas por el legislador no son taxativas, el establecer una renta vitalicia implica regular compensaciones de cuantía indeterminada por la naturaleza aleatoria, lo que incluso es contrario a la idea del legislador de poner término de una vez a los conflictos entre los cónyuges mediante el pago en un solo acto de la prestación, según ya se ha señalado.

Sin embargo, la limitación afectaría sólo al juez al momento de determinar el monto en la sentencia, pero no restringe a las

²⁶³ En relación con el procedimiento administrativo para realizar el traspaso de fondos, es necesario tener presente la Circular N° 1503, de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, de 2 de junio de 2008. Disponible en www.safp.cl. Véase Anexo N° 4 de esta obra.



partes para que en virtud de su autonomía privada establezcan esta modalidad de pago, es decir, tal como ya lo señalamos, si se presenta como acuerdo de las partes, el juez debería aprobar dicho convenio.

Así lo ha resuelto la Excelentísima CORTE SUPREMA, en sentencia de fecha 1 de junio de 2009, en causa Rol 3079-2009, que señala: “según previene el artículo 65 de la Ley de Matrimonio Civil, en la sentencia definitiva, además de fijar el monto a compensar por el menoscabo padecido, se debe también determinar su forma de pago. Para ello la misma disposición señala las modalidades que se pueden utilizar al efecto, las que, sin ser taxativas, se refieren a diversas formas para su entero y pago. En primer lugar, se alude a la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes, y en segundo término, a la constitución de derecho de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. De acuerdo a los preceptos analizados, es evidente que la compensación no es una pensión que deba ser pagada periódicamente y en forma vitalicia, pues sin calificar jurídicamente su naturaleza y teniendo presente que se busca compensar un detrimento económico, este debe traducirse en un monto fijo, racional y proporcional a las circunstancias de las partes, sin perjuicio de la forma de pago que se establezca”.

8.3. INSOLVENCIA DEL DEUDOR

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 (rige lo ya señalado).

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”.

Sin duda se trata de una situación distinta a la planteada por el art. 65 NLMC, por lo tanto, la asimilación a los alimentos sólo procede en el caso de insolvencia, y sólo para el efecto de exigir

su cumplimiento, y “siempre que no se garantice de otra forma el pago”.

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

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 prescindir.²⁶⁴

Cabe tener presente que el artículo 7° N° 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 por incumplimiento de *deberes alimentarios*.

En este orden de ideas, 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).²⁶⁵

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 previstos por la ley, en la especie, el art. 66 NLMC, en

²⁶⁴ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 602.

²⁶⁵ VÉLIZ MÖLLER, Patricio, *Divorcio, nulidad y separación, los caminos frente a la ruptura*, ob. cit., p. 65.



que se prescribe que el pago de las cuotas de la compensación se considerarán alimentos para efectos de su cumplimiento.²⁶⁶

Se deben considerar también 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, existiendo una o más pensiones insolutas, el juez adoptará, a petición de parte.²⁶⁷

– La *retención de la devolución* anual de impuestos para pagar 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 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 dada la sobrecarga de trabajo de los tribunales de familia.

9. CUMPLIMIENTO. TRIBUNAL COMPETENTE

Por último, se puede exigir el cumplimiento ante el mismo tribunal que pronunció la sentencia en primera instancia, solicitando el cumplimiento incidental del fallo. Así, la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 6 de agosto de 2008, en causa Rol 498-2008, que señala: “no existen normas legales especiales para establecer el tribunal que deba conocer de la ejecución de una sentencia de divorcio que haya fijado com-

²⁶⁶ Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 19 de abril de 2006, causa Rol 1650-2006.

²⁶⁷ LEPIN MOLINA, Cristián, “Incumplimiento de la obligación alimenticia”, ob. cit., p. 6.

pensación económica, sea que tal fallo haya sido pronunciado por un juzgado de familia o por un juzgado civil, motivo por el cual es procedente aplicar en estos casos normas generales de cumplimiento de resoluciones judiciales que establece nuestro ordenamiento procesal en el Título XIX del Libro I del Código de Procedimiento Civil en relación con las reglas pertinentes establecidas en el Código Orgánico de Tribunales... Que las únicas normas legales de aplicación general para determinar el tribunal al cual corresponde conocer de la ejecución de una sentencia están contempladas en los artículos 113 y 114 del Código Orgánico de Tribunales y 231 y 232 del Código de Procedimiento Civil”.

10. 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, entiéndase 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 LTF,²⁶⁸

²⁶⁸ 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”.



podrá por tanto decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas que estime conforme a derecho.

Según lo dispuesto en el art. 22 inc. 3º, son plenamente aplicables las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, Títulos IV y V, del Libro II. Es decir, las medidas prejudiciales (arts. 273 y sgtes. CPC),²⁶⁹ 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 (arts. 290 y sgtes. CPC).²⁷⁰

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 que 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

²⁶⁹ 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:

1º. 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;

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

3º. 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;

4º. 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

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

La diligencia expresada en el número 5º 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”.

²⁷⁰ 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”.

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 al cuidado de los hijos y las labores domésticas, cuya inserción en un mercado laboral cada vez más esquivo le será enormemente difícil.²⁷¹

11. CASOS EN LOS QUE SE PUEDE DENEGAR O REBAJAR

La ley establece en el artículo 62 NLMC una facultad discrecional para 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 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”.²⁷²

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 familia.²⁷³

La Excelentísima Corte Suprema ha resuelto en sentencia de fecha 12 de marzo de 2007, causa Rol 5048-2006, “que en lo ati-

²⁷¹ VENEGAS ORTIZ, Pablo y VENEGAS ALFARO, Andrés, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007, p. 91.

²⁷² BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 1750.

²⁷³ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de matrimonio civil* [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005].

nente 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 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 reconventional 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 Quinto

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*²⁷⁴ para el cónyuge beneficiario, ingresando dicho derecho a su patrimonio, pudiendo por tanto, *transferirlo* por acto entre vivos²⁷⁵ o *transmitirlo* por causa de muerte. A pesar de que en la historia fidedigna de la ley se señala la intención de rechazar el carácter transmisible de la compensación económica, en el texto definitivo no se explicita dicha restricción.²⁷⁶

²⁷⁴ En el mismo sentido, el profesor Barrientos señala: “La compensación económica aparece así como un derecho personal o crédito, y en cuanto tal permite a una persona reclamar de otra la obligación correlativa que ha contraído ‘por un hecho suyo o la sola disposición de la ley’ (art. 578 del CC), de lo que se sigue que el derecho de compensación económica y su obligación correlativa han de tener ‘una causa’ o, en el lenguaje más habitual de la civilística chilena, ‘una fuente’ y que ella no puede ser sino: a) o un hecho de la persona que adviene obligada o b) la ley.” BARRIENTOS GRANDON, Javier, “La compensación económica como ‘derecho’ de uno de los cónyuges y ‘obligación’ correlativa del otro. De sus caracteres”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 9, Santiago, Chile, 2007, p. 14.

²⁷⁵ Según Pizarro y Vidal, “La posibilidad de transferencia del derecho constituye una hipótesis más bien teórica, siendo poco probable que se verifique en la práctica. Si fuere así, se trataría de un contrato con plena eficacia y oponible al deudor, a quien debiera procederse a notificarlo en conformidad a las reglas de la cesión de créditos”, en PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Alvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 123.

²⁷⁶ PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, ob. cit., p. 101.



La transmisión del crédito a los herederos del beneficiario y de la deuda a los herederos del deudor, una vez que ha nacido el derecho es plenamente aplicable. No así la transmisión del derecho a demandar la compensación, si fallece la demandante de compensación, durante la tramitación del juicio, tal como lo mencionamos en la primera parte de este libro. Si fallece el cónyuge, el matrimonio termina por muerte natural, por lo que no se cumple con el primer requisito de procedencia de la compensación, que la ruptura se realice por sentencia de divorcio o nulidad de matrimonio.

En concordancia con lo anterior, este derecho nace una vez que la respectiva sentencia quede firme y ejecutoriada, por lo que durante la secuela del juicio está sujeta a la *condición* de que se decrete terminado el matrimonio por divorcio o nulidad de matrimonio. A contrario sensu, si el juez rechaza el divorcio o la nulidad, no se puede pronunciar sobre el derecho a la compensación.

De regularse por las partes durante la tramitación de un juicio una compensación económica, y en definitiva se rechaza el divorcio, por no acreditarse la causal o por desistimiento del demandante, esa obligación que nace carece de causa, y si ya fue pagada, existe un enriquecimiento injusto.

Así, se nos presenta como un derecho *personalísimo*,²⁷⁷ cuyo titular es el cónyuge más débil al momento de la ruptura, no puede hacerse valer por sus acreedores o herederos.

Javier Barrientos agrega que se trata de un derecho *matrimonial* (familiar), entendido así en la medida en que su titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio (art. 60 NLMC), de carácter *patrimonial*.²⁷⁸

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.

²⁷⁷ En España, Zarraluqui señala que “es un derecho personalísimo, sólo puede hacerse valer por el cónyuge –o ex cónyuge– y nunca por sus acreedores o herederos. Se conecta directamente con algo tan personal como el matrimonio y sus vicisitudes y se fija, extingue y modifica por causas y circunstancias de índole personal”. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., p. 130.

²⁷⁸ BARRIENTOS GRANDON, Javier, “La compensación económica como ‘derecho’ de uno de los cónyuges y ‘obligación’ correlativa del otro. De sus caracteres”, ob. cit., pp. 16 y siguientes.



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 12.²⁷⁹

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

²⁷⁹ 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 2451 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 3° 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.

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”.

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 donde se encuentra el problema, toda vez que claramente este es un derecho señalado por la ley a un cónyuge respecto del otro.²⁸⁰

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 de disposición”.²⁸¹

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; b) si se admite que

²⁸⁰ PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, ob. cit., pp. 102 y 103.

²⁸¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio”, ob. cit., p. 36. En el mismo sentido, Álvaro Vidal y Carmen Domínguez.



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).²⁸²

En España, la renuncia previa o anticipada, ya sea anterior al juicio o incluso al matrimonio, entiéndase, en las capitulaciones matrimoniales, según la profesora Encarna Roca, es 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”.²⁸³

Realiza al respecto un interesante análisis la Sección 5ª de la Audiencia provincial de Asturias (12 de diciembre de 2000). Entiende la Sala que es competente para declarar si la renuncia a la pensión compensatoria, realizada previamente, en las capitulaciones matrimoniales, resulta válida o nula de pleno derecho. Entra, por tanto, la resolución referida, a considerar, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1957, que la renuncia a derechos o beneficios concedidos por las leyes sólo es admisible cuando tienen por objeto un concreto elemento de los que constituyan el patrimonio jurídico del renunciante,

²⁸² VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 277.

²⁸³ ROCA TRÍAS y GARCÍA CANTERO. Ambos citados por ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, ob. cit., pp. 136 y 137.

pues no puede disponerse de un derecho inexistente. Por tanto, la renuncia a la pensión con carácter previo no es admisible por cuanto supone "...renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación y está sujeto al condicionante de que la misma produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio".²⁸⁴

En contra, se ha señalado "que no estamos ante un derecho personalísimo, es decir, de aquellos que no pueden renunciarse, transferirse ni transmitirse, porque, de ser así, el legislador lo habría dicho expresamente. Así, por ejemplo, en el derecho de uso y habitación, derecho personalísimo por excelencia, el legislador ha prohibido expresamente su transferencia y transmisión en el artículo 819 CC. Esta, creemos, es la razón de por qué la ley estableció expresamente la prohibición de renunciar al crédito de participación en los gananciales, porque, de lo contrario, habría sido perfectamente renunciabile. De otro punto de vista, si se puede renunciar a los gananciales de la sociedad conyugal anticipadamente, que, en teoría, son de mayor entidad que el crédito de participación, no avizoramos razones para negar la renunciabilidad anticipada de la compensación económica".²⁸⁵

De aceptarse la renuncia, debe regirse por las reglas generales aplicables al contrato, por lo cual puede resultar ineficaz en el evento que se infrinjan reglas imperativas. Rige, en consecuencia, el principio de la buena fe contractual, lo cual puede servir para remediar un desequilibrio grave en el pacto. Además, no debe incurrirse en algún vicio del consentimiento causal de nulidad del contrato. Por último, y en conformidad al citado artículo 12, no podrá otorgarse validez al pacto en caso de lesión a intereses de terceros.²⁸⁶

²⁸⁴ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, ob. cit., p. 254.

²⁸⁵ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David, "Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España", ob. cit., pp. 454 y 455.

²⁸⁶ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 127.

No obstante, creemos que no es válida la renuncia anticipada, toda vez que el art. 63 NLMC exige que el acuerdo sobre la compensación económica por los cónyuges conste en escritura pública o acta de avenimiento (situación que no ocurriría en el caso de las capitulaciones matrimoniales), y además requiere aprobación judicial, la que para que se cumplan los supuestos tendría que necesariamente darse en el marco de un juicio de divorcio o nulidad de matrimonio.

Lo propio ocurriría si la cantidad regulada es ínfima, por ejemplo si se acuerda cumpliendo los requisitos la cantidad de \$ 1.000, lo que en definitiva podría estimarse una renuncia.

También se puede plantear otro problema, como la posibilidad de exclusión voluntaria de la ley aplicable. Según una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 27 de febrero de 2007, "...tal argumento puede cuestionarse en la medida que no se trata de una renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante una renuncia a la ley, a la que se refiere el art. 6.2.²⁸⁷ del Código Civil, al hablar de la exclusión de la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un determinado derecho, lo que implica la previa renuncia a los derechos aún no ingresados en el patrimonio de su eventual titular, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva, que han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria en nuestro caso, por otra distinta".²⁸⁸ No obstante, como veremos en su momento, es muy discutible y dudosa la renuncia a las leyes como tal, pues se dice que la ley o norma imperativa es irrenunciable y la dispositiva no hay que renunciarla para evitar su aplicación, sino, simplemente, disponer particularmente de modo distinto a lo mandado.²⁸⁹

²⁸⁷ CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, artículo 6 N° 2: "*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contrarien el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*".

²⁸⁸ GARCÍA RUBIO, María, "La pensión compensatoria tras la separación o el divorcio en el derecho español", ob. cit., p. 101.

²⁸⁹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José, *La renuncia a los derechos*, Bosch, Barcelona, España, 1986, p. 13.

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 de carácter patrimonial que mira sólo al interés individual del renunciante y respecto del cual no está prohibida su renuncia.²⁹⁰

Lo ha reconocido así la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, de fecha 6 de septiembre de 2007, Rol 1286-2007, que estima que procede aprobar el acuerdo acompañado por las partes, suscrito con fecha seis de junio del año en curso, atendido lo expuesto precedentemente, teniendo esencialmente en consideración que la compensación económica tiene un carácter patrimonial, que admite incluso la *renuncia* de las partes a ella, lo que permite a contrario sensu colegir que su otorgamiento por el demandado reconvenional constituye una opción libre para concederla y en ese contexto se armoniza con los principios del derecho de familia por sobre la norma estricta del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil.

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 procesal.²⁹¹

En este sentido, Hernán Corral opina que “cosa distinta es la preclusión procesal del derecho por no oponerlo oportunamente

²⁹⁰ En el mismo sentido, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 18, y PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, ob. cit., p. 102.

²⁹¹ Así, por ejemplo, PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, ob. cit., p. 104. Así parece entenderlo la CORTE DE APELACIONES DE ARICA, en sentencia de fecha 5 de agosto de 2008, en causa Rol 390-2008, que resuelve “precisado ello y constando fehacientemente que la parte apelante fue, oportuna y personalmente, notificada de la nueva audiencia donde podría hacer uso del derecho a demandar compensación económica, ella no concurrió a dicha audiencia y tampoco instruyó a sus representantes al efecto, de lo que no puede menos que presumirse que, debidamente informada, decidió no ejercer tal derecho”.



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 espíritu parece ser que todas las cuestiones que derivan de la extinción del matrimonio se concentren en el proceso de divorcio”.²⁹²

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 español, 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 sí 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 sólo 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

²⁹² CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio”, ob. 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].



de tres años para las acciones ejecutivas y cinco años para las ordinarias.²⁹³

En la legislación española, se ha estimado que siendo un derecho de contenido estrictamente patrimonial, sin duda es prescriptible. Estimando prácticamente la 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 1966.3° 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”.²⁹⁴

Lo que sí se discute (en España) 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 (art. 1966 CC).²⁹⁵

Esta última discusión no es aplicable a nuestro derecho a compensación, ya que, como se ha sostenido, si no se demanda en la oportunidad procesal pertinente, precluye el derecho.

²⁹³ PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, ob. cit., p. 104.

²⁹⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, España, 2005, p. 158.

²⁹⁵ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, ob. cit., pp. 158 y 159.

RELACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL

1. RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Descartada la naturaleza de pensión de alimentos 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 las regulan son distintas. En el caso de los alimentos, las normas principales se encuentran en el Código Civil y en la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias; en el caso de la compensación económica, en la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, arts. 61 a 66.

– El objeto de los alimentos es habilitar al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social (arts. 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 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 tomarán en consideración las facultades del deudor (art. 329 CC), criterio que cierta parte de la doctrina ha entendido similar al del art. 62 NLMC, 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 según 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 con lo prescrito en el art. 321 CC;²⁹⁶ 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).²⁹⁷

²⁹⁶ 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”.

²⁹⁷ 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”.

– En el 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 analizada.

– 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); por el contrario, 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 con lo señalado.

– El derecho de alimentos no puede transmitirse por causa de muerte (art. 334 CC); en cambio, 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 sí 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 de si se ha casado bajo el régimen de 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 términos:²⁹⁸

“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 ellos.

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.

²⁹⁸ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 1747 y 1748.

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 en 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, que, 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 parti-

cipación 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”.²⁹⁹

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 muy difícil que proceda compensación económica, porque no existiría cónyuge “menoscabado económicamente”.³⁰⁰

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 reparatorio que tienen estos regímenes en sí”.³⁰¹

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 deudas.³⁰²

²⁹⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de matrimonio civil* [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005].

³⁰⁰ VERGARA VARAS, Pedro, “La compensación económica producto del divorcio”, *La Semana Jurídica*, N° 273, del 30 de enero a 5 de febrero, Santiago, Chile, 2006, p. 7.

³⁰¹ CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, “Indemnizaciones reparatorias de la nueva ley de matrimonio civil (N° 19.947) y Regímenes matrimoniales”, ob. cit., p. 82.

³⁰² CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio”, ob. cit., p. 31.

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 profesión o trabajo remunerado, todo ello de acuerdo con lo prescrito en el art. 150 del Código Civil.³⁰³

Precisamente el art. 61 NLMC exige que el beneficiario de la compensación económica no haya realizado actividad remunerada

³⁰³ 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”.

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 marido.³⁰⁴

Si bien estos bienes producto de los bienes reservados, son bienes sociales sujetos a la condición que la mujer renuncie a los gananciales derivados de la sociedad conyugal, en caso de 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 estatal.³⁰⁵

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 en forma expresa 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 adquirir un inmueble, implica un alto costo, y usualmente va asociado a un crédito hipotecario de varios años.

4. RELACIÓN CON LOS BIENES FAMILIARES

Los bienes familiares están regulados en los artículos 141 al 149 del Código Civil, pueden ser afectados el inmueble que sirve de residencia principal de la familia, los muebles que guarnecen la residencia familiar y, residualmente, los derechos en sociedades

³⁰⁴ RAMOS PAZOS, René, *Derecho de familia*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 277.

³⁰⁵ 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”.

propietarias del inmueble que sirve de residencia principal de la familia.³⁰⁶

Están destinados a proteger la familia matrimonial, ello parece indiscutible si se considera, en primer lugar, que los bienes familiares están tratados en el Código, en el Libro I, como un párrafo del Título VI “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”, y en seguida, que prácticamente todas las disposiciones del párrafo (arts. 141 al 146) hacen referencia a los “cónyuges”.³⁰⁷

En el mismo sentido, la acción para demandar la constitución de un bien como familiar sólo compete al cónyuge no propietario. Los hijos, en consecuencia, no son titulares de ella, aun cuando puedan resultar beneficiados con la declaración.³⁰⁸

Como consecuencia de lo anterior es que la declaración de bienes familiares presupone la existencia del matrimonio. Si no hay matrimonio, no puede haber bienes familiares y, por la misma razón, disuelto el matrimonio, ya no se podrá pedir que se declare un bien como familiar. Sin embargo, si vigente el matrimonio se declaró un bien como familiar, el solo hecho de que el matrimonio se extinga no produce la desafectación de pleno derecho, sino que deberá solicitarse judicialmente (art. 145, inciso final).³⁰⁹

En cuanto a los efectos, si bien corrientemente se piensa que confiere derechos de goce, la verdad es que lo que resulta afectado por la declaración de familiaridad es la gestión del bien, esto es, la facultad para realizar actos de disposición y de administración. La gestión que, en principio, corresponde sólo al propietario, pasa a ser compartida por ambos cónyuges, para los actos expresamente señalados en la ley.³¹⁰

La declaración de familiar de un bien no altera la titularidad del derecho de propiedad, por lo que los bienes siguen siendo del o de los cónyuges propietarios. No se altera tampoco la facultad de goce, de manera que los productos y frutos de los bienes familiares seguirán accediendo a sus dueños según las reglas generales, sin

³⁰⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, Chile, 2007, pp. 58 y 59.

³⁰⁷ RAMOS PAZOS, René, *Derecho de familia*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 333.

³⁰⁸ RAMOS PAZOS, René, *Derecho de familia*, ob. cit., p. 342.

³⁰⁹ RAMOS PAZOS, René, *Derecho de familia*, ob. cit., p. 333.

³¹⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, ob. cit., p. 80.

perjuicio de la posibilidad acordada para conceder judicialmente derechos de goce al cónyuge no propietario.³¹¹

Pues bien, la relación o vínculo con la compensación es más bien indirecta, y tiene una doble faceta; por un lado, la posibilidad de desafectación del bien familiar por causa del divorcio o de la nulidad; por otro, dado el término del matrimonio, procede solicitar el cese de los derechos reales de goce que se hubieren constituido.

Así lo dispone el art. 145 del Código Civil, que señala expresamente que se puede solicitar la **desafectación** de un bien familiar cuando el matrimonio se ha declarado nulo, o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio.³¹²

El art. 147 del Código Civil, en cambio, prescribe que sólo durante el matrimonio el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares (por un tiempo determinado). El juez tomará en consideración el interés de los hijos y las fuerzas del patrimonio de los cónyuges (situaciones que deberán acreditarse en el juicio respectivo). Por tanto, la nulidad y el divorcio, como disuelven el matrimonio, harán improcedente la constitución de estos derechos.³¹³

El texto del art. 147 recién citado, anterior a la Ley N° 19.947, comenzaba diciendo: “Durante el matrimonio o después de la declaración de su nulidad”. La ley recién citada eliminó la frase “o después de la declaración de su nulidad...”.

Lo anterior resulta concordante con la posibilidad establecida en el art. 65 N° 2 NLMC, en que se faculta al juez para establecer

³¹¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, ob. cit., p. 79.

³¹² Código Civil, artículo 145: “Los cónyuges, de común acuerdo, podrán desafectar un bien familiar. Si la declaración se refiere a un inmueble, deberá constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva.

El cónyuge propietario podrá pedir al juez la desafectación de un bien familiar, fundado en que no está actualmente destinado a los fines que indica el artículo 141, lo que deberá probar. En este caso, el juez procederá en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 141.

Igual regla se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo, o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente”.

³¹³ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, ob. cit., p. 91.

como modalidad de pago de la prestación, la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de los bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor.

Pues bien, existen tres posibilidades de constituir derechos de goce sobre bienes de uno de los cónyuges, los citados art. 147 CC, art. 65 N° 2 NLMC, y, por último, el art. 9°³¹⁴ de la Ley N° 14.908.

Una interpretación armónica de las citadas disposiciones permite concluir que por lo menos en los casos de los arts. 147 CC y 65 N° 2 NLMC, son incompatibles, ya que el beneficiario sería la misma persona, en un caso como cónyuge y en otro como ex cónyuge. En el caso del art. 9° inc. 2°, como ya no existe título para solicitar alimentos, el ex cónyuge sólo podrá ser beneficiario indirectamente si tiene hijos que sean alimentarios.

Queda pendiente el debate si el divorcio y la nulidad ponen término a los bienes familiares;³¹⁵ por lo dispuesto en el art. 60

³¹⁴ Ley N° 14.908, artículo 9, inciso 2°: “El juez podrá también fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes del Conservador de Bienes Raíces. Podrá requerir estas inscripciones el propio alimentario”.

³¹⁵ Véase por ejemplo, sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 15 de abril de 2009, en causa Rol 1086-2009, que señala “que de la disposición antes citada se establece que existen tres formas de desafectación: a) por acuerdo de los cónyuges, b) por resolución judicial recaída en juicio seguido por el cónyuge propietario, fundado en que el bien no está destinado a los fines que indica el artículo 141 del Código Civil, esto es, que no sirve de residencia principal a la familia si se trata de un inmueble o, tratándose de muebles, que no guarnecen el hogar común, lo que deberá probarse por el solicitante; y c) por resolución judicial en el caso que el matrimonio ha sido declarado nulo o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En este último caso el propietario del bien familiar afectado deberá formular al juez la petición correspondiente, basado en que el bien no cumple los fines que indica el artículo 141 del citado texto legal. En efecto, la mera extinción del matrimonio no produce de pleno derecho la desafectación del bien, ello porque aun disuelto este, el bien puede continuar siendo la residencia principal de la familia y en este evento no será posible desafectarlo.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por acoger el recurso de casación por:

1°. Que la pretensión del actor en orden a desafectar el bien familiar materia de autos, se ha fundado en lo dispuesto por el inciso final del artículo 145 del Código Civil, disposición que se refiere a una situación objetiva consistente en el divorcio de las partes, circunstancia que se encuentra establecida en autos.

NLMC, parece que la respuesta es afirmativa; por lo demás, es una forma de interpretar de modo coherente las normas citadas (arts. 145 y 147 CC, 60 y 65 N° 2 NLMC). Se podrá alegar que la compensación no es un derecho absoluto, requiere acreditar ciertos requisitos, pero en el caso de los bienes familiares y los derechos de goce que se pueden constituir sobre los bienes del cónyuge no propietario, también deben probarse los requisitos exigidos por la ley.

5. COMPATIBILIDAD CON OTRAS INDEMNIZACIONES

¿Puede sumarse a esta compensación la demanda ordinaria de indemnización 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”.³¹⁶

2°. Que la configuración de los presupuestos del artículo 141 del Código citado, ha sido prevista en relación a un acto de voluntad del cónyuge que solicita la desafectación de un bien familiar, basado en que este ya no se encuentra destinado a los fines que la referida disposición establece, esto es, que no constituye residencia principal de la familia, lo que deberá por lo mismo acreditarlo; caso que no corresponde al de autos.

3°. Que la expresión “igual regla que se emplea en el inciso final del mencionado artículo 145 del Código Civil, remitiéndose a la figura del inciso anterior, es una indicación al procedimiento que debe ser utilizado, no a la cuestión de la valoración, entendiéndose, en consecuencia, que tal exigencia se cumple con el hecho que exista una petición y resolución judicial que declare la desafectación, ante el caso que el matrimonio haya terminado, ente otros motivos, por divorcio, pero no a la necesidad de demostrar, además, que el bien familiar no cumple los objetivos ya señalados, por tratarse en la especie de una causal objetiva que sólo debe ser declarada una vez demostrado el presupuesto básico, cual es la terminación del vínculo matrimonial.

4°. Que no es posible extender los efectos de los bienes familiares más allá de la existencia de la propia institución en que se funda su existencia. En efecto, el divorcio puso término al matrimonio y a la situación patrimonial de las partes, siendo la cuestión de la casa habitación una cuestión de carácter alimenticio, por lo que no constituye esta la vía prevista por la ley para asegurar la protección en este caso del hijo común

³¹⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 18.

Con todo, ello no significa que deban ser descartadas, pues el silencio nos reconduce a los principios generales de la responsabilidad, que resultan plenamente procedentes. Si se acredita el ilícito –divorcio por culpa– y el daño material o moral, ese perjuicio debe ser reparado, en conformidad al derecho común.³¹⁷

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”.³¹⁸

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 accio-

³¹⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, ob. cit., p. 18.

³¹⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de matrimonio civil* [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005].



nes 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 in rem verso*, a efecto de obtener la restitución de un posible enriquecimiento injusto, derivado, por ejemplo, de una convivencia anterior al matrimonio de larga data.



**EFFECTOS TRIBUTARIOS Y COMENTARIOS
SOBRE LA JURISPRUDENCIA**

1. EFFECTOS 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 sobre 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 sobre Impuesto a la Renta, que señala que 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 que sea su naturaleza, origen o denominación”. Se colige, entonces, que todo incremento de patrimonio es renta; en consecuencia, si el ingreso no queda comprendido en esta definición, queda exento de impuesto.

La segunda, es que la propia ley lo califique de ingreso no constitutivo de renta, de acuerdo con 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 cesante”.³¹⁹

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, tributable”.³²⁰

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 procedan.”³²¹

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

³¹⁹ 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.

³²⁰ GARCÍA ESCOBAR, Jaime, “¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva ley de matrimonio civil?”, ob. cit., p. 178.

³²¹ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, “¿Es tributable la compensación económica?” [en línea] <www.sii.cl/preguntas_frecuentes/renta/001_002-1629.htm> [visitado el 3 de junio de 2005].

que es de iniciativa exclusiva de su Excelencia el Presidente de la República.³²²

Posteriormente, el Servicio de Impuestos Internos cambió de respuesta a la interrogante planteada, señalando expresamente que “la compensación económica 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 Renta”.³²³

El Servicio, a través de sus Oficios N° 4.605 y N° 4.606, ambos de fecha 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 ejecutoriada.³²⁴

En tal sentido, cabe señalar que no cumplen con este supuesto aquellas indemnizaciones que han sido establecidas mediante una

³²² BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 1362.

³²³ 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].

³²⁴ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, “Jurisprudencia Administrativa” [en línea] <[//www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2007/renta/ja2890.doc](http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2007/renta/ja2890.doc)> [visitado el 14 de noviembre de 2007].

transacción o avenimiento, aun 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 con 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 proceda.³²⁵

Claramente compartimos el criterio del Servicio de Impuestos Internos, así como el expresado por Jaime García, pero sólo en cuanto a considerar tributables los ingresos producto 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 en estimar que no se puede considerar lucro cesante 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 el 8 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 sobre Impuesto a la Renta, por el que se consideran ingresos no constitutivos de renta las compensaciones económicas, ya sean convenidas por los cónyuges, en escritura pública, avenimiento o transacción, o decretadas por sentencia judicial.³²⁶

³²⁵ 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].

³²⁶ 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°:

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 comenzará a regir desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil.³²⁷

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 Águila, 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 de pensión de alimentos.
- 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.

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

³²⁷ 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

- La compensación económica es el principal mecanismo establecido por el legislador para proteger al cónyuge más débil.
 - El único efecto patrimonial que puede nacer con la terminación del matrimonio por divorcio o con la disolución mediante nulidad, es la compensación económica.
 - Los principales fundamentos de este derecho 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.
 - 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.
 - Los requisitos de existencia o de procedencia de la prestación son: que se trate de un 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.
 - 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.
 - 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.



– Los criterios o circunstancias establecidos 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.

– 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.

– Es renunciable *ex post*, en el marco de la ruptura matrimonial, incluso tácitamente, si 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.

– 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, si no se acredita la causa se rechazará el divorcio y como consecuencia la compensación económica.

– En cuanto a 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 Servicio 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.

ANEXOS

LEY N° 19.947, NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL*

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 3°. Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges.

Capítulo VI

Del divorcio

Párrafo 3°

De los efectos

Artículo 60. El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en

* Sólo las normas que se refieren a la compensación económica. (*N. del A.*)

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.

Capítulo VII

De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio

Párrafo 1°

De la compensación económica

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

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

Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto.

Artículo 63. La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura

pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal.

Artículo 64. A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto.

Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria.

Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvencción, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad.

Artículo 65. En la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades:

1. Entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de dinero, podrá ser enterado en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago.

2. 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 su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo.

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.



LEY N° 20.255, ESTABLECE REFORMA PREVISIONAL*

TÍTULO III

Normas sobre equidad de género y afiliados jóvenes

Párrafo segundo

Compensación económica en materia previsional en caso de nulidad o divorcio

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.

Artículo 81. La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que

* Sólo los artículos que se refieren a la compensación económica. (N. del A.).



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.

Artículo vigésimo quinto transitorio. 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.

LEY N° 20.239, LIBERA DEL IMPUESTO A LA RENTA A
LAS COMPENSACIONES ECONÓMICAS ORIGINADAS AL
TÉRMINO DE UN MATRIMONIO

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.”.

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.



CIRCULAR N° 1503 SUPERINTENDENCIA DE AFP

VISTOS: Las facultades que confiere la ley a esta Superintendencia y lo dispuesto en el artículo vigésimo transitorio de la Ley N° 20.255, se imparten las siguientes instrucciones de cumplimiento obligatorio para las Administradoras de Fondos de Pensiones.

REF.: CIRCULAR SOBRE TRASPASO DE FONDOS DE LA CUENTA DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL OBLIGATORIA A MODO DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN CASO DE DIVORCIO O NULIDAD.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil en el Párrafo 1° del Capítulo VII, considera especialmente, el análisis de la situación en materia de beneficios previsionales de los cónyuges que terminan su vínculo, a efectos de establecer compensaciones económicas para aquel cónyuge que se encuentre en una situación de menoscabo económico, independientemente del régimen matrimonial con que hayan contraído el vínculo.

Consecuente con lo anterior, el artículo 80 de la Ley N° 20.255, sobre la Reforma Previsional, en caso de nulidad o divorcio dispone que: “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 para tal efecto; estableciéndose que dicho traspaso no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio”.

Por otra parte, conforme con el inciso segundo del artículo 81 de la Ley N° 20.255, esta Superintendencia deberá establecer mediante una norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requieran y demás aspectos administrativos que procedan.

En virtud de las disposiciones legales citadas, la presente Circular imparte las instrucciones y procedimientos que deberán cumplir las Administradoras de Fondos de Pensiones para recibir, registrar y dar cumplimiento a las sentencias ejecutoriadas que ordenan el traspaso de fondos previsionales desde la cuenta de capitalización individual de los afiliados activos a modo de compensación económica, dictadas por los tribunales de justicia, verificar la afiliación de los cónyuges en el Sistema de Pensiones del D.L. N° 3.500, efectuar los traspasos de fondos entre sus cuentas, crear las cuentas de capitalización individual que correspondan y finalmente, informar a los cónyuges y a esta Superintendencia acerca de los fondos traspasados.

II. DEFINICIONES

1. Compensación económica: Es el valor o porcentaje de la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensador a la cual tiene derecho el cónyuge compensado en caso de que se declare la nulidad o divorcio, por el menoscabo económico.

2. Orden de compensación económica: Es la sentencia ejecutoriada de un Tribunal de Justicia a través de la cual se establece la transferencia de parte de los fondos de la cuenta de capitalización

individual del cónyuge compensador a la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensado.

3. Cónyuge compensador: Es aquel cónyuge que en virtud de una orden de compensación económica contenida en una sentencia ejecutoriada de un Tribunal de Justicia debe transferir parte de los fondos de su cuenta de capitalización individual afectada al Decreto Ley N° 3.500 de 1980, a la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensado.

4. Cónyuge compensado: Es aquel cónyuge que en virtud de una orden de compensación económica contenida en una sentencia ejecutoriada de un Tribunal de Justicia recibe en su cuenta de capitalización individual parte de los fondos de la cuenta de capitalización individual afecta al Decreto Ley N° 3.500 de 1980 del cónyuge compensador.

5. Orden de compensación económica con datos insuficientes: Es aquella orden que omite la identificación del tribunal que emitió la sentencia judicial y/o la fecha de la sentencia o el nombre o Rut del cónyuge compensador o el nombre o el Rut del cónyuge compensado, fecha de celebración o de término del matrimonio o el valor o porcentaje de los fondos que se deben traspasar.

6. Traspaso de saldos de cotizaciones por compensación económica: Corresponde al traspaso de los fondos de la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensador a la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensado. Este 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.

7. Cotizaciones previsionales afectas a compensación económica: Corresponden a las cotizaciones obligatorias acumuladas durante el matrimonio, incluida las respectivas rentabilidades y que se encuentren abonadas en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatoria del cónyuge compensador a la fecha en que la sentencia quedó ejecutoriada.

8. Cuenta de capitalización individual del cónyuge compensador afecta al traspaso de saldo de cotizaciones por compensación económica: La cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias.

9. Cuenta de capitalización individual del cónyuge compensado afecta al traspaso de saldo de cotizaciones por compensación económica: La cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias y a falta de ésta la cuenta de capitalización individual voluntaria, que se abra para tal efecto.

10. Cónyuge compensador afecto al traspaso de fondos: Las AFP sólo deberán dar cumplimiento a las sentencias ejecutoriadas que ordenan el traspaso de fondos previsionales de los afiliados activos.

11. Afiliado activo: Corresponde al afiliado que no esté pensionado en el Sistema de Pensiones del D.L. N° 3.500 de 1980, a la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de nulidad o divorcio. Se entenderá que un afiliado se encuentra pensionado a contar de la fecha en que se haya devengado el primer pago de pensión tratándose de pensionados por vejez, vejez anticipada, invalidez total e invalidez parcial conforme a un primer dictamen.

12. Retiro de saldos de cotizaciones por compensación económica: Los saldos de cotizaciones por compensación económica sólo podrán retirarse de la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias o de la cuenta de capitalización individual voluntaria, según corresponda, para el pago de las pensiones y beneficios que establece el Decreto Ley N° 3.500 de 1980.

III. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PREVISIONAL DE LOS CÓNYUGES

1. Una vez que la Administradora reciba desde un tribunal de justicia una solicitud de antecedentes previsionales de un afiliado que se encuentra en proceso de nulidad o divorcio, deberá iniciar un proceso de verificación de afiliación y rezagos con el

resto del Sistema, a objeto de investigar su situación previsional y efectuar todas las regularizaciones que puedan afectar la cuenta de capitalización individual del afiliado, antes de dar respuesta al tribunal. Entre tales regularizaciones, se pueden mencionar, a modo de ejemplo y sin que constituya una enunciación taxativa, multifiliación, recuperaciones internas y externas de rezagos, agilización de cobranzas de cotizaciones previsionales, etc.

2. Las consultas y respuestas de afiliación y rezagos con el resto de las AFP que integran el sistema, deberán efectuarse a través de los medios que acuerden las administradoras y el plazo para completar dicho proceso no podrá exceder de 10 días hábiles, contado desde la fecha en que la AFP recibió la solicitud de antecedentes previsionales desde el tribunal. Las regularizaciones que corresponda efectuar, deberán efectuarse a través de los procedimientos y plazos establecidos en la normativa vigente.

3. Sin perjuicio de lo señalado en los números anteriores, dentro del plazo señalado por el tribunal para que la AFP envíe la información, ésta deberá responder la solicitud con los datos que disponga y en caso que aún se encuentre en la etapa de regularización señalada en el número 1 anterior deberá informarle al tribunal dicha situación y advertirle que los antecedentes previsionales del afiliado que consulta pueden sufrir modificaciones. En el evento que el tribunal no haya señalado un plazo de respuesta a la AFP, esta deberá responder dentro de los 15 días hábiles de recibida la solicitud.

4. Las comunicaciones desde la AFP al tribunal deberán efectuarse a través de carta por correo certificado; debiendo conservar los antecedentes de respaldo que permitan acreditar el envío y contenido de las comunicaciones.

IV. RECEPCIÓN DE ÓRDENES DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA DICTADAS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

1. La Administradora deberá crear un registro computacional, denominado *Órdenes de Compensación Económica Dictadas por los*



Tribunales de Justicia, destinado a dejar constancia de la recepción de las órdenes de compensación económica dictadas por los tribunales y al control de todas las acciones realizadas por la AFP para el cumplimiento de las instrucciones impartidas por los jueces en materia de compensación económica entre cónyuges. Dicho registro deberá contener a lo menos la siguiente información:

a) Identificación del tribunal del cual proviene la orden de compensación económica.

b) Número de folio de la orden de compensación económica (este dato deberá asignarlo la AFP y debe ser único e irrepetible).

c) Fecha de la orden de compensación económica.

d) RUT del cónyuge compensador.

e) Apellidos paterno, materno y nombres del cónyuge compensador.

f) RUT del cónyuge compensado.

g) Apellidos paterno, materno y nombres del cónyuge compensado y su domicilio.

h) Fecha de celebración del matrimonio.

i) Fecha de término del matrimonio.

j) Valor o porcentaje de los fondos que debe traspasar el cónyuge compensador al cónyuge compensado según la orden dictada por el respectivo tribunal. Si dicho valor está expresado en una unidad monetaria distinta al peso, éste deberá convertirse a pesos según el valor que tenga la respectiva unidad monetaria a la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia.

k) Número de cuotas que representó el traspaso de los fondos en la cuenta individual del cónyuge compensador. En el caso de las órdenes que instruyen valores en pesos, el número de cuotas corresponderá al resultado de dividir dicho monto por el valor de la cuota del día anteprecedente al día en que quedó ejecutoriada la sentencia, debiendo posteriormente la AFP establecer el valor en pesos que definitivamente se traspasará, el cual corresponderá al número de cuotas ya determinado por el valor de la cuota del día anteprecedente al cargo en la correspondiente cuenta individual. Si la sentencia instruye un porcentaje del saldo a traspasar, la AFP deberá aplicar dicho porcentaje sobre el saldo en cuotas acumulado durante el matrimonio a la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia, debiendo aplicar para el traspaso de los fondos en

pesos el mismo procedimiento de valorización señalado para las órdenes emitidas en pesos.

l) Actividades desarrolladas por la AFP para el cumplimiento de lo instruido por los jueces.

m) Fecha en que se realizó cada una las actividades señaladas precedentemente.

2. En este registro la AFP deberá incorporar todas las órdenes de compensación económica dictadas por los tribunales, incluyendo aquéllas con datos insuficientes y las correspondientes a cónyuges compensadores que están pensionados o no afiliados al sistema de pensiones del D.L. 3.500, de 1980.

3. Dicho registro deberá estar permanentemente actualizado con todas las actividades ocurridas hasta el día anterior a aquél en que es consultado y su información deberá ser accesible por número de RUT y/o nombre, tanto del cónyuge compensador como del cónyuge compensado.

4. La AFP sólo podrá dar curso a órdenes de compensación económica cuando ellas sean las encargadas de ejecutarlas y además registre vigente la afiliación del cónyuge compensador como afiliado activo. Si no se cumplen estas condiciones la AFP deberá proceder de acuerdo al Capítulo VII de esta Circular.

5. Respecto de las órdenes de compensación económica que cumplan con las condiciones señaladas en el número precedente, la AFP será responsable de verificar que las órdenes emitidas por los tribunales cuenten con la información suficiente para poder efectuar el traspaso de los fondos, es decir, que al menos contengan los datos señalados en las letras a), c), d), e), f), g) h), i) y j) del número 1 anterior. Además, deberá verificar que el valor o porcentaje señalado en la letra j) del número 1 anterior no exceda 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. En caso que a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia dicho valor o porcentaje excede del 50% de los recursos acumulados durante el matrimonio, la AFP deberá abstenerse de efectuar el traspaso

de fondos e informar de tal situación al Tribunal, solicitándole aclaración de la orden.

6. Dentro de los 3 días hábiles siguientes a la recepción de las órdenes de compensación económica, con datos insuficientes, la AFP deberá solicitar al tribunal la información faltante.

7. La Administradora podrá recibir las órdenes de compensación económica directamente desde los tribunales o a través de los cónyuges. En este último caso deberá exigir copia autorizada de la sentencia ejecutoriada emanada del tribunal correspondiente.

8. La solicitud de la información de aquellas órdenes con datos faltantes deberá efectuarse por carta certificada; debiendo conservar los antecedentes de respaldo que permitan acreditar el envío y contenido de las comunicaciones.

V. VERIFICACIÓN DE AFILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES EN EL SISTEMA DE PENSIONES DEL D.L. N° 3.500, DE 1980

1. Una vez que la Administradora reciba una orden de compensación económica dictada por los tribunales o la información con los datos faltantes, deberá determinar la AFP en que se encuentra afiliado el cónyuge compensador y el cónyuge compensado. En este proceso la AFP deberá incluir todas las órdenes de compensación económica con información suficiente, incluidas aquellas en que los tribunales han completado los datos faltantes.

2. Las consultas y respuestas de afiliación con el resto de las AFP que integran el sistema, deberán efectuarse a través de los medios que acuerden las administradoras; debiendo conservar los antecedentes de respaldo que permitan acreditar el envío, recepción y contenido de las comunicaciones. La AFP deberá responder las consultas dentro de los 2 días hábiles siguientes a aquél en que las recibió y en sus respuestas, además de referirse a la afiliación de los cónyuges, deberán indicar si éstos se encuentran pensionados, desafiados o con trámite de desafiación o de eliminación de cuenta personal pendiente de resolver.

3. Como resultado de este proceso de verificación de afiliación interna y externa, la AFP podrá obtener los siguientes resultados:

a) Ambos cónyuges (compensador y compensado) están afiliados en la AFP del cónyuge compensador.

b) El cónyuge compensador está afiliado en la AFP notificada por los tribunales y el compensado en otra Administradora.

c) El cónyuge compensador está afiliado en la AFP notificada por los tribunales y el compensado no registra afiliación al Sistema de Pensiones del D.L. N° 3.500, de 1980.

d) El cónyuge compensador no está afiliado en la AFP notificada por los Tribunales.

e) El cónyuge compensador no registra afiliación al Sistema de Pensiones del D.L. N° 3.500, de 1980 o se encuentra pensionado en este Sistema.

4. Para los casos señalados en las letras a) y b) del número 3 anterior, la AFP deberá aplicar los procedimientos de traspaso de fondos por compensación económica entre cónyuges que se definen en el capítulo VI de esta Circular.

5. Para los casos señalados en la letra c) del número 3 anterior, la AFP deberá aplicar los procedimientos de creación de cuenta de capitalización individual que se definen en la Circular que norma esta materia.

6. Para los casos señalados en las letras d) y e) del número 3 anterior, la AFP deberá aplicar los procedimientos de órdenes de compensación económica no ejecutables que se definen en el capítulo VII de esta Circular.

7. Si el cónyuge compensador está afiliado en la AFP notificada por los tribunales, ésta deberá verificar si éste registra una Orden de Traspaso hacia otra Administradora cuyo canje no se ha realizado, ya que en este caso la AFP deberá rechazar o suspender el traspaso, según corresponda, rebajándolo de los archivos que sean pertinentes e informando de tal situación a la AFP de destino. En estas dos últimas situaciones y una vez efectuada la compensación



de fondos entre los cónyuges, la AFP deberá dar cumplimiento a la Orden de Traspaso suscrita por el cónyuge compensador, reincorporándola al proceso de canje más cercano.

8. Si como resultado de las verificaciones señaladas en el número 1 anterior se establece que el cónyuge compensador se encuentra con trámite de desafiliación o de eliminación de cuenta personal pendiente de resolver por parte de la Superintendencia, la Administradora que efectuó la consulta deberá esperar que se resuelva su situación previsional e informar al tribunal la imposibilidad de ejecutar su orden mientras la situación del afiliado compensador no sea resuelta.

VI. TRASPASO DE FONDOS POR COMPENSACIÓN ECONÓMICA ENTRE CÓNYUGES

1. Dentro de los 15 días hábiles siguientes de recibida una orden de compensación económica desde los tribunales, correspondiente a la situación descrita en las letras a), b) y c) del número 3 del capítulo V anterior, la Administradora deberá traspasar los fondos ordenados por el juez desde la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensador hacia la cuenta del cónyuge compensado.

2. En el caso de órdenes de compensación económica correspondientes a la situación descrita en la letra a) del número 3 del capítulo V anterior, esto es, que ambos cónyuges se encuentren afiliados en la AFP notificada por los tribunales, los movimientos entre cuentas deberán efectuarse simultáneamente y utilizando el valor cuota del día hábil antecedente a la fecha en que se realizan los cargos o abonos según corresponda, de los respectivos Fondos.

3. Tratándose de órdenes de compensación económica correspondientes a la situación descrita en la letra b) del número 3 del capítulo V anterior, esto es, que el cónyuge compensador esté afiliado en la AFP notificada por los tribunales y el cónyuge compensado en otra, la Administradora deberá traspasar los

fondos ordenados por el juez desde la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del cónyuge compensador a la AFP en que se encuentre vigente la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensado. La información del traspaso entre las AFP, deberá efectuarse a través de una nómina electrónica, denominada *Trasposos de Fondos por Compensación Económica entre Cónyuges*, la cual deberá incluir al menos el nombre completo y número de Rut de los cónyuges y los valores en pesos involucrados en la compensación económica. El cargo de los valores compensados, su pago, ingreso y acreditación a los Fondos de Pensiones, se efectuará aplicando en lo que corresponda las normas vigentes que regulan los trasposos de fondos entre Administradoras para afiliados fallecidos, respetando el procedimiento de proporcionalidad señalado en el número 6 siguiente, el que también deberá aplicar la AFP receptora de los fondos.

4. Tratándose de órdenes de compensación económica correspondientes a la situación descrita en la letra c) del número 3 del capítulo V anterior, esto es, que el cónyuge compensador esté afiliado en la AFP notificada y el cónyuge compensado no esté en ninguna Administradora, la AFP que recibió la orden de compensación deberá crear una cuenta de capitalización individual voluntaria a nombre del cónyuge compensado y abonar en dicha cuenta los fondos ordenados por el juez. El tipo de Fondo en que deberá crearse esta cuenta será el que corresponda de acuerdo al tramo etéreo a que pertenece el cónyuge compensado, salvo que éste haya seleccionado otro(s) tipo(s) de Fondo(s). Para materializar los trasposos de fondos entre las cuentas individuales de los cónyuges la Administradora deberá aplicar la distribución de fondos y el procedimiento establecido en el número 6 siguiente.

5. Si la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensador se encuentra en proceso de cambio o distribución de fondos cuya materialización se producirá con posterioridad al plazo señalado en el número precedente, el traspaso de fondos entre cuentas deberá efectuarse el día hábil siguiente de materializado el cambio o distribución de fondos.



6. Para materializar los traspasos de fondos entre las cuentas individuales de los cónyuges, la AFP deberá respetar la distribución de fondos que tengan los afiliados de tal forma que una vez materializado el traspaso se mantengan las proporciones que originalmente mantenían éstos en los distintos Fondos.

7. Los fondos traspasados por compensación económica no estarán afectos a ningún tipo de cobro de comisiones.

8. La apertura de una cuenta de capitalización individual voluntaria significará afiliación al Sistema de Pensiones establecido por el D.L. 3.500, de 1980, salvo para el caso del cónyuge compensado que sea imponente de una Caja o régimen previsional del antiguo sistema.

VII. ÓRDENES DE COMPENSACIÓN

1. En los casos de órdenes de compensación económica correspondientes a la situaciones descritas en las letras d) y e) del número 3 del capítulo V anterior, esto es, que el cónyuge compensador no está afiliado en la Administradora notificada o no está afiliado al Sistema o se encuentra pensionado en este Sistema, la AFP dentro de los 8 días hábiles siguientes a aquél en que recibió la orden de compensación económica desde los tribunales, deberá informar de ello a los tribunales, comunicando la AFP en la cual registra afiliación vigente, o si se ha desafiliado del Sistema o se encuentra pensionado en este Sistema. La Administradora deberá ingresar en su custodia de documentos la orden y la copia del informe remitido al Tribunal.

2. Para informar las órdenes de compensación económica no ejecutables, la AFP deberá remitir carta certificada al tribunal, debiendo conservar los antecedentes de respaldo que permitan acreditar el envío y contenido de las comunicaciones.

VIII. INFORMACIÓN A LOS CÓNYUGES Y A ESTA SUPERINTENDENCIA RESPECTO DE LOS FONDOS TRASPASADOS

1. Dentro de los primeros 5 días hábiles del mes siguiente de efectuada una compensación, la AFP deberá informar a los cónyuges la materialización de la correspondiente orden de compensación económica. En este mismo plazo también deberá informar a esta Superintendencia todas las órdenes materializadas durante el mes anterior al del informe.

2. En el caso de los cónyuges, la comunicación deberá ser a través de carta por correo certificado y deberá informar al menos la identificación del tribunal que dictó la orden de compensación económica, la identificación de los cónyuges involucrados, la fecha en que se efectuó el traspaso de los fondos, el valor en pesos y cuotas transferido y, para el caso del cónyuge compensador, los saldos iniciales y finales en pesos y cuotas antes y después del traspaso de los fondos. Tratándose del cónyuge compensado que no registra afiliación en ningún sistema de pensiones, la AFP deberá informarle que se encuentra afiliado al Sistema de Pensiones del D.L. N° 3.500, de 1980, mediante la creación de una cuenta de capitalización voluntaria y del derecho que le asiste para traspasar sus fondos a otra AFP. La AFP podrá complementar las comunicaciones a los cónyuges a través de otros medios, tal como correo electrónico.

3. En el caso de la comunicación a esta Superintendencia, la AFP deberá remitir un archivo electrónico con los siguientes datos:

- a) Identificación del tribunal del cual proviene la orden de compensación económica.
- b) Número de folio de la orden de compensación económica (dato asignado por la AFP).
- c) Fecha de la orden de compensación económica.
- d) RUT del cónyuge compensador.
- e) Apellidos paterno, materno y nombres del cónyuge compensador.
- f) RUT del cónyuge compensado.



g) Apellidos paterno, materno y nombres del cónyuge compensado.

h) Fecha de celebración del matrimonio.

i) Fecha de término del matrimonio.

j) Fecha en que se realizó el traspaso de los fondos.

k) Valor o porcentaje de los fondos traspasados desde la cuenta individual del cónyuge compensador a la cuenta del cónyuge compensado.

l) Número de cuotas que representó el valor o porcentaje señalado en la letra anterior.

m) AFP que registra vigente la afiliación del cónyuge compensador.

n) AFP que registra vigente la afiliación del cónyuge compensado.

4. Si en un mes no existen órdenes de compensación económica para informar, el archivo electrónico a que se refiere el número precedente, deberá informarse “SIN MOVIMIENTOS”.

IX. CARTOLA

La Administradora deberá incorporar los movimientos de compensación económica que registren los cónyuges en su cuenta de capitalización obligatoria y en la cuenta de capitalización individual voluntaria cuando proceda, en las cartolas que define la normativa vigente.

X. VIGENCIA

La presente Circular entrará en vigencia a contar del 1 de octubre de 2008 y sólo será aplicable en los juicios de nulidad o divorcio que se inicien con posterioridad a esa fecha.

Santiago, 2 de junio de 2008

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- 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].
- BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2004.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier, “La compensación económica como ‘derecho’ de uno de los cónyuges y ‘obligación’ correlativa del otro. De sus caracteres”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 9, Santiago, Chile, 2007.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, 6ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José, *La renuncia a los derechos*, Bosch, Barcelona, España, 1986.
- 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.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David, “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España”, *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 35, N° 3, Santiago, Chile, 2008.
- 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.
- “Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial”, *La Semana Jurídica*, N° 320, Santiago, Chile, 2006.



- “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.
- COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de matrimonio civil, Ley 19.947 de 2004, analizada y comentada*, Legis Chile S.A., Bogotá, 2004.
- 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.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil, derecho de familia*, v. 4, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, 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.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, charla efectuada el 13 de octubre, Seminario del Colegio de Abogados, Santiago, Chile, 2005.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudio de derecho de familia*, t. II, v. 1, Bosch, Madrid, 1982.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, artículos 97 a 101, v. 1, Tecnos, Madrid, 1984.
- 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.
- GARCÍA RUBIO, María, “La pensión compensatoria tras la separación o el divorcio en el derecho español”, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2009.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, charla efectuada el 20 de octubre, Seminario Colegio de Abogados, Santiago, Chile, 2005.
- GUERRERO BECAR, José, “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, *Revista Derecho*, v. 21, n. 2, Valdivia, p. 102.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana, “La nueva ley de matrimonio civil: panorama y estructura general”, en Corral Talciani, H. (coord.), *Matrimonio civil y divorcio*, Universidad de los Andes, Santiago, 2005.
- LALANA DEL CASTILLO, Carlos, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, España, 1993.
- LEPIN MOLINA, Cristián, “La pensión compensatoria en el derecho español”, *Revista del Magíster y Doctorado*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 2, Santiago, Chile, 2008.
- “La compensación económica en el derecho comparado”, *Gaceta Jurídica*, N° 344, Santiago, Chile, 2009.

- “Breve estudio sobre la sana crítica”, *Gaceta Jurídica*, N° 319, Santiago, Chile, 2007.
- “Incumplimiento de la obligación alimenticia”, *La Semana Jurídica*, N° 341, sección doctrina civil, Santiago, Chile, 2007.
- LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Compensación económica en la nulidad y el divorcio*, Librotecnia, Santiago, Chile, 2006.
- 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.
- MATURANA MIQUEL, Cristián, “Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947”, charla efectuada el 1 de junio, Seminario Colegio de Abogados, Santiago, Chile, 2004.
- MEDINA, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- MIZRAHI, Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 2006.
- MONTERO AROCA, Juan, *Separación y divorcio, tras la Ley 15/2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ORREGO ACUÑA, Juan, *Análisis de la nueva ley de matrimonio civil*, Metropolitana, Santiago, Chile, 2004.
- “La compensación económica en la ley de matrimonio civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año VIII, N° 8, Santiago, Chile, 2004.
- *Los alimentos en el derecho chileno*, Metropolitana, Santiago, Chile, 2007.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947”, charla efectuada el 1 de junio, Seminario Colegio de Abogados, Santiago, Chile, 2004.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “El enriquecimiento sin causa”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIII, N° 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- 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.
- *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.
- PRADO LÓPEZ, Pamela, “Repercusiones económicas en la crisis matrimonial”, *Revista Escuela de Derecho Universidad del Mar*, Valparaíso, 2005.
- RAMOS PAZOS, René, *Aspectos destacados de la Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil* [en línea] <<http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm>> [visitado el 12-07-05].
- *Derecho de familia*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.



- ROCA TRÍAS, Encarna, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, *Revista de Derecho Privado*, 2ª ed., Madrid, 1982.
- *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de matrimonio civil* [en línea] <www.abogados.cl> [visitado el 10 de junio de 2005].
- ROMERO COLOMA, Aurelia, *Indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, España, 2009.
- SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, España, 2005.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, entrevista sobre “La compensación económica”, *La Semana Jurídica*, N° 271, Santiago, Chile, 2006.
- 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.
- “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función”, en *Estudios de derecho civil*, LexisNexis, Valdivia, 2004.
- “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.
- “La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica”, en *Estudios de derecho civil II*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2006.
- VENEGAS ORTIZ, Pablo, y VENEGAS ALFARO, Andrés, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- VÉLIZ MÖLLER, Patricio, *Divorcio, nulidad y separación, los caminos frente a la ruptura*, Cerro Manquehue, Santiago, Chile, 2004.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, *Revista Actualidad Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, N° 13, Santiago, Chile, 2006.
- VERGARA VARAS, Pedro, “La compensación económica producto del divorcio”, *La Semana Jurídica*, N° 273, Santiago, Chile, 2006.
- 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.
- “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil”, *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

- “La noción de menoscabo económico en la compensación económica por ruptura matrimonial”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI, Chile, 2º semestre, 2008.
- “La compensación económica por ruptura matrimonial”, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2009.
- *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2003.
- “La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución” <www.nuevodivorcio.com/pensioncompensatoria.pdf> [visitado 15 de noviembre de 2006].
- ZAVALA ORTIZ, José y MONTECINOS FABIO, Carolina, *Jurisprudencia divorcio*, PuntoLex S.A., Santiago, Chile, 2006.

TEXTOS LEGALES

- CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, traducido al español por Albert Lamarca Marquès, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- CÓDIGO CIVIL CHILENO, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, Aranzadi, Navarra, España, 2005.
- CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, disponible en www.legifrance.com, actualizado hasta el 4 de abril de 2006.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- CÓDIGO TRIBUTARIO, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- LEY N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 1962.
- LEY N° 18.196, Normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria, publicada en el Diario Oficial el 29 de diciembre de 1982.
- LEY N° 19.947. Nueva Ley de Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004.
- LEY N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.
- LEY N° 20.152, que modifica la Ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 2007.



- LEY N° 20.239, libera del impuesto a la renta a las compensaciones económicas originadas al término de un matrimonio, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 2008.
- LEY N° 20.255, establece reforma previsional, publicada en el Diario Oficial el 17 de marzo de 2008.
- LEY N° 20.359, reajusta monto del ingreso mínimo mensual, publicada en el Diario Oficial el 27 de junio de 2009.
- LEY N° 20.286, introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 2008.

OTROS DOCUMENTOS

- ANTECEDENTES Y TEXTOS DE LA LEY N° 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL Y OTRAS, Diario Oficial, Santiago, Chile, 2004.
- BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.
- 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].
- PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO CIVIL ARGENTINO EXPEDIENTE 0759-D-2006 [en línea] <<http://www1.hcdn.gov.ar/proxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0759-D-2006>> [visitado el 17 de noviembre de 2007].
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, “¿Es tributable la compensación económica?” [en línea] <www.sii.cl/preguntas_frecuentes/renta/001_002-1629.htm> [visitado el 3 de junio de 2005].
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, “Jurisprudencia administrativa” [en línea] <[//www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2005/renta/ja1050.doc](http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2005/renta/ja1050.doc)> [visitado el 14 de noviembre de 2007].
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, “Jurisprudencia administrativa” [en línea] <[//www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2007/renta/ja2890.doc](http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2007/renta/ja2890.doc)> [visitado el 14 de noviembre de 2007].

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE SUPREMA

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

2. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 21 de junio de 2006, en causa Rol 574-2006.
3. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 21 de junio de 2006, en causa Rol 2174-2006.
4. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 30 de enero de 2007, en causa Rol 96-2007.
5. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 7 de marzo de 2007, en causa Rol 794-2007.
6. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 7 de marzo de 2007, en causa Rol 1087-2007.
7. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 12 de marzo de 2007, en causa Rol 5048-2006.
8. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 7 de mayo de 2007, en causa Rol 5616-2006.
9. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 30 de julio de 2007, en causa Rol 2776-2007.
10. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 24 de marzo de 2008, en causa Rol 53-2008.
11. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 6 de abril de 2009, en causa Rol 727-2009.
12. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 27 de abril de 2009, en causa Rol 904-2009.
13. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 1 de junio de 2009, en causa Rol 3079-2009.
14. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 7 de julio de 2009, en causa Rol 1370-2009.
15. Sentencia de la Excelentísima CORTE SUPREMA, de fecha 29 de julio de 2009, en causa Rol 3911-2009.

CORTES DE APELACIONES

1. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 15 de septiembre de 2005, en causa Rol 10.228-2005.
2. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 26 de septiembre de 2005, en causa Rol 5895-2005.
3. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, de fecha 2 de diciembre de 2005, en causa Rol 977-2005.
4. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, de fecha 22 de diciembre de 2005, en causa Rol 959-2005.
5. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, de fecha 11 de abril de 2006, en causa Rol 69-2006.



6. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, de fecha 12 de abril de 2006, en causa Rol 52-2006.
7. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, de fecha 3 de mayo de 2006, en causa Rol 1161-2005.
8. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, de fecha 16 de mayo de 2006, en causa Rol 1603-2005.
9. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, de fecha 25 de mayo de 2006, en causa Rol 266-2006.
10. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, de fecha 29 de mayo de 2006, en causa Rol 225-2006.
11. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, de fecha 13 de julio de 2006, en causa Rol 372-2006.
12. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 7 de agosto de 2006, en causa Rol 1451-2006.
13. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 10 de octubre de 2006, en causa Rol 2370-2006.
14. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 6 de noviembre de 2006, en causa Rol 2863-2006.
15. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE TALCA, de fecha 10 de noviembre de 2006, en causa Rol 359-2006.
16. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 20 de mayo de 2008, en causa Rol 2499-2007.
17. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, de fecha 24 de enero de 2007, en causa Rol 1731-2006.
18. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 26 de enero de 2007, en causa Rol 676-2006.
19. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 23 de abril de 2007, en causa Rol 5680-2007.
20. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, de fecha 27 de abril de 2007, en causa Rol 3147-2006.
21. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 27 de junio de 2007, en causa Rol 7207-2006.
22. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 17 de julio 2007, en causa Rol 439-2007.
23. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, de fecha 6 de septiembre de 2007, en causa Rol 1286-2007.
24. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 24 de octubre de 2007, en causa Rol 6710-2006.
25. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 29 de octubre de 2007, en causa Rol 1539-2007.



26. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 4 de diciembre de 2007, en causa Rol 2732-2006.
27. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 24 de diciembre de 2007, en causa Rol 10.411-2006.
28. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 28 de diciembre de 2007, en causa Rol 1314-2007.
29. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, de fecha 22 de febrero de 2008, en causa Rol 1293-2007.
30. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, de fecha 20 de marzo de 2008, en causa Rol 26-2008.
31. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 3 de abril de 2008, en causa Rol 1947-2007.
32. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ARICA, de fecha 5 de agosto de 2008, en causa Rol 390-2008.
33. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 6 de agosto de 2008, en causa Rol 498-2008.
34. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de fecha 24 de febrero de 2009, en causa Rol 1707-2008.
35. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, de fecha 16 de abril de 2008, en causa Rol 218-2008.
36. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, de fecha 9 de febrero de 2009, en causa Rol 307-2008.
37. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, de fecha 2 de julio de 2009, en causa Rol 82-2009.

JUZGADOS DE FAMILIA

1. Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 22 de diciembre de 2006, en causa Rit C-1413-2006.
2. Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 5 de noviembre de 2007, en causa Rit C-438-2005.
3. Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 21 de noviembre de 2007, en causa Rit C-6930-2006.
4. Sentencia del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 2 de junio de 2009, en causa Rit C-5351-2008.
5. Sentencia del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, de fecha 21 de agosto de 2008, en causa Rit C-1692-2008.



ÍNDICE

<i>Abreviaturas</i>	9
<i>Prólogo</i>	11
<i>Introducción</i>	17

Capítulo I

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO COMPARADO

1. Aspectos generales	21
2. Pensión compensatoria en el Derecho español	24
2.1. Caracteres	25
2.2. Presupuestos	26
2.2.1. Existencia de una sentencia firme en juicio de separación o divorcio	26
2.2.2. Desequilibrio económico	27
2.2.3. Empeoramiento de la situación del cónyuge beneficiario	29
2.2.4. Relación causal	29
2.3. Determinación de la cuantía	30
2.4. La sustitución	30
2.5. Modificación	31
2.6. Extinción	32
3. La prestación compensatoria en Francia	33
3.1. Presupuestos	34
3.2. Determinación de la cuantía	35
3.3. Modalidades de pago y actualización	36
3.4. Modificación	36
3.5. Extinción	38
3.6. Trasmisibilidad	39
4. La pensión de alimentos y compensación en Alemania	39
5. Pensión de alimentos post divorcio en Argentina	41
6. Conclusiones	45



Capítulo II

COMPENSACIÓN ECONÓMICA. EFECTO PATRIMONIAL DE LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO

1. Introducción	47
2. Antecedentes legislativos.	48
3. Cuestión previa. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio.	52

Capítulo III

CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA

1. Concepto	57
2. Fundamentos	59
2.1. Protección al cónyuge más débil.	62
2.2. Pérdida del estatuto protector del matrimonio	64
2.3. El menoscabo económico que genera la ruptura	65
2.4. Costo de oportunidad laboral	65
2.5. Cierta reconocimiento a las labores domésticas	66
2.6. La equidad	67
3. Naturaleza jurídica	71
3.1. Naturaleza de pensión de alimentos.	72
3.2. Indemnizatoria.	76
3.3. Enriquecimiento sin causa.	82
3.4. Mixtas o compuestas	84
3.5. Institución <i>sui generis</i>	86
3.6. Reflexión sobre la naturaleza jurídica	88
4. Obligación de los ex cónyuges de procurarse su mantenimiento	94
5. Quantum	96

Capítulo IV

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

1. Oportunidad para solicitarla	101
2. Casos en los que procede	104
3. Requisitos de procedencia	107
3.1. Que se trate de un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio	108
3.2. La existencia real y efectiva de un menoscabo económico	110
3.3. No haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería.	115
3.4. Dedicación al cuidado de los hijos y/o a las labores del hogar común	118

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336



4.	Criterios para determinar la cuantía	121
4.1.	La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges	122
4.2.	La situación patrimonial de ambos	123
4.3.	La buena o mala fe	124
4.4.	La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario	126
4.5.	Su situación en materia de beneficios previsionales y de salud	127
4.6.	Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral	130
4.7.	La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge	131
5.	Diferencias entre requisitos de procedencia y criterios para determinar la cuantía, arts. 61 y 62 LMC	133
6.	Quién determina su monto	136
7.	Aspectos probatorios	140
8.	Formas de pago	144
8.1.	Regla general. Pago en una sola vez	144
8.2.	Otras modalidades de pago	147
8.3.	Insolvencia del deudor	148
9.	Cumplimiento. Tribunal competente	150
10.	Formas de garantizar el pago	151
11.	Casos en los que se puede denegar o rebajar	153

Capítulo V

CRÉDITO DE COMPENSACIÓN

1.	El crédito de compensación	155
2.	Renuncia	158
2.1.	Renuncia <i>ex ante</i>	158
2.2.	Renuncia <i>ex post</i>	162
3.	Prescripción	163

Capítulo VI

RELACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL

1.	Relación con la obligación de alimentos	165
2.	Relación con los regímenes patrimoniales	167
3.	Comparación con el patrimonio reservado	172
4.	Relación con los bienes familiares	173
5.	Compatibilidad con otras indemnizaciones	177



Capítulo VII

EFFECTOS TRIBUTARIOS Y COMENTARIOS SOBRE LA
JURISPRUDENCIA

1. Efectos tributarios	181
2. Comentarios sobre la jurisprudencia	185
<i>Conclusiones</i>	187
<i>Anexos</i>	189
<i>Bibliografía</i>	211
<i>Jurisprudencia citada</i>	216



ISBN 978-956-10-2041-2



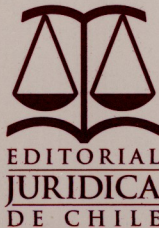
9 789561 020412

La publicación de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, incorporó a nuestra legislación de familia el divorcio vincular, que ha generado un gran impacto en la sociedad chilena.

Durante la tramitación de esta ley, por casi diez años, se analizaron las distintas consecuencias que ha generado el divorcio en otras latitudes, siendo una de las preocupaciones fundamentales la situación en que quedaban los miembros del grupo familiar luego de la ruptura. En este contexto, el legislador establece el derecho a compensación económica, para proteger al cónyuge más débil, teniendo en consideración la experiencia de países como España y Francia, los cuales tienen una institución similar hace más de dos décadas.

En esta obra se pretende dar una visión integral, coherente y crítica de este derecho, mediante el estudio completo de la doctrina y jurisprudencia existente, incluyendo el examen del derecho comparado, antecedentes legislativos y las normas legales correspondientes.

El autor analiza los distintos aspectos del derecho a compensación económica, tanto en sus principales cuestiones dogmáticas como su naturaleza jurídica y fundamentos, así como en sus distintos aspectos normativos, jurisprudenciales y prácticos.



www.editorialjuridica.cl