

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN
LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y SOBRE LA NECESIDAD
DE REVISAR LOS SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

["A Jurisprudential Analysis of Settlement in the Civil Marriage Law and on
the Necessity to Review the Legitimacy Assumptions"]

JOSÉ LUIS GUERRERO BECAR*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La compensación económica es una institución nueva en el derecho matrimonial chileno que presenta dificultades para su interpretación. La doctrina no es unánime al momento de determinar su naturaleza jurídica y los jueces al momento de establecer su procedencia se dividen entre quienes exigen el cumplimiento de los supuestos objetivos y subjetivos del artículo 61 LMC, y quienes prescinden de los elementos subjetivos. Al momento de la cuantificación no existe una vinculación a los supuestos de procedencia y son fijados con una visión asistencial muy cercana a la pensión de alimentos. La institución requiere de una revisión y debe incorporarse el supuesto del cónyuge que contribuyendo económicamente al hogar, igualmente se preocupa de los hijos y del hogar común y al momento del divorcio en una visión económica

ABSTRACT

Settlement presents some interpretation problems as a new institution in the Chilean marriage law. The doctrine is not unanimous upon determining its juridical nature and the judges, upon establishing its legitimacy, can be classified into those who demand the compliance with the objective and subjective assumptions in Art. 61 LMC and those who disregard subjective elements. In quantifying, there is no link with the legitimacy assumptions, and they are established with a welfare-like perspective very close to alimony. This institution calls for a review, and the following assumption must be incorporated into it: in a global economic view, the spouse who gives support equally looks after the children and the common home and is the weaker of the two spouses when divorce comes through.

* Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección Postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: jose.guerrero@ucv.cl

global es el cónyuge más débil.

PALABRAS CLAVE: Compensación Económica - Costo de Oportunidad - Menoscabo Económico - Divorcio. "Clean break" - Enriquecimiento injusto - Pensión compensatoria - Alimentos.

KEY WORDS: Settlement - Opportunity cost - Economic damage - Divorce - Clean break - Unfair acquisition of wealth - Maintenance - Foods.

I. INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo es la "compensación económica" a que en ciertas hipótesis tiene derecho la persona que estuvo unida en matrimonio, cuando éste terminó por nulidad o divorcio, en función sobre todo de revisar la aplicación jurisprudencial de las normas reguladoras de la figura, contenidas en el capítulo 7º: *De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio*, párrafo 1º: *"De la compensación económica"*, artículos 61 a 66 de la Ley N° 19.947 sobre matrimonio civil¹. Preliminarmente, cabe tener presente que existe un error en la denominación del párrafo, atendido que la compensación económica no está prevista para el caso de separación, como ha sido advertido por Barrientos Grandón y Novales Alquezar^{2, 3}.

No obstante la aún breve vida de la institución, la doctrina nacional⁴ se ha interesado ampliamente en determinar la naturaleza jurídica de la compensación económica. Se le ha caracterizado como una institución indemnizatoria por un enriquecimiento injusto, o bien, de una pérdida de oportunidad laboral o como una figura de naturaleza jurídica propia. Con todo, esa doctrina ha sido unánime en negar una función alimenticia a la compensación económica, lo que no parece haber sido considerado por la jurisprudencia al momento de aplicar la ley, como veremos en este trabajo.

Porque, en efecto, de manera paralela al examen doctrinario, la ins-

¹ En adelante, por lo general, LMC.

² BARRIENTOS GRANDÓN, Javier - NOVALES ALQUEZAR, Aranzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno* (3ª edición, Santiago, LexisNexis, 2005), p. 402.

³ El error puede provenir de la revisión del derecho comparado particularmente el español que denomina el capítulo 9º del *Código Civil* como *De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*.

⁴ Entre otros, profesores que han tratado especialmente la compensación económica encontramos a Javier Barrientos Grandón, Maricruz Gómez de la Torre Vargas, Carlos Pizarro Wilson, Mauricio Tapia Rodríguez, Susan Turner Saelzer, Paulina Veloso Valenzuela y Álvaro Vidal Olivares, que oportunamente serán citados.

titución ha comenzado a ser aplicada por los tribunales –civiles antes y hoy de familia–, en lo cual se aprecian diferencias muy significativas de criterios utilizados por los jueces para establecer la procedencia y muy especialmente la cuantía de esta compensación, lo que implica una carga de incertidumbre para las partes.

En este trabajo pretendo demostrar que, con independencia de la naturaleza jurídica que pueda atribuirse a la compensación económica, los jueces, al momento de fijar la cuantía, mayoritariamente adoptan una visión asistencial, muy cercana a la institución de los alimentos.

La visión asistencial que entregan los tribunales, sin perjuicio de la particularidad de cada caso, puede tener su origen en la redacción de las disposiciones que consagran la compensación económica, principalmente en los artículos 61 y 62 LMC., porque el tenor de tales normas no permite determinar cuál es el verdadero sentido y alcance de la institución. La discusión que hubo en el Congreso Nacional sobre el divorcio vincular y sus efectos, reflejo de un paralelo debate social sobre la misma materia, necesariamente estuvo dominada por concesiones y transacciones entre los legisladores, que fueron desvirtuando las ideas originales. En particular, la compensación económica surgió de indicaciones parlamentarias en el Senado de la República al proyecto del Ejecutivo, que originalmente no la preveía⁵, por lo que el texto final no hubo de adscribirse plenamente a ninguna de las teorías seguidas en el Derecho comparado para instituciones similares.

En definitiva, el artículo 61 LMC. dispuso: *“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”*. Además, el artículo 62 de la misma ley señala ciertos criterios o parámetros que debe considerar el juez al momento de determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación económica. El elenco de tales criterios que no constituye un *numerus clausus*, sino que sólo sugeridos al sentenciador. Dispone el artículo 62 LMC.: *“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;*

⁵ Es posible revisar esta discusión en *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil. *Boletín* N° 1.759-18.

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”.

II. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 61 Y 62 LMC

El tenor del artículo 61 LMC. parece vincular la compensación económica exclusivamente con la privación de cierta oportunidad laboral, o sea, con un costo de oportunidad o pérdida de una chance como la denomina Tapia Rodríguez⁶. Sin embargo, el artículo 62 de la misma ley, para los efectos de la determinación de la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación económica, incorpora elementos o criterios que guardan más relación con un desequilibrio económico en que puede quedar el ex cónyuge hacia el futuro, que con el costo de oportunidad laboral perdido. El punto de vista del artículo 62, en consecuencia, es más propio de una función asistencial que conduce a la pensión compensatoria⁷, y se aleja del concepto estricto de costo de oportunidad; por cierto, esta disparidad trae consigo confusión respecto del verdadero sentido y

⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *La compensación económica en la ley de divorcio*, en *Semana Jurídica* 271 (Santiago, 2006), pp. 4-5, señala: “En el caso chileno, si bien una primera indicación del Ejecutivo otorgaba a la compensación económica un carácter netamente ‘asistencial’ (como una pensión de alimentos que permitiría al cónyuge ‘mantenerse’ luego del divorcio y que se fijaba tomando en cuenta sus recursos) con posterioridad, en la Comisión de Constitución del Senado, se modificó su regulación para transformarla en un mecanismo de reparación de un menoscabo económico pasado, de la falta de ingresos por haberse dedicado a labores domésticas. Por esto, la compensación económica en la ley chilena tiene –al menos en las hipótesis más típicas– una naturaleza cercana a la reparación de la ‘pérdida de una chance’, pues se indemniza a un cónyuge cuya dedicación al hogar y a los hijos le hizo perder la oportunidad de ejercer un trabajo remunerado, aunque no se sabe con exactitud cuál habría sido ese trabajo, con qué intensidad lo habría asumido, qué ingresos habría recibido y cuál habría sido su proyección en el tiempo. Sólo se sabe que perdió una oportunidad de desarrollarlo. A continuación de esa definición de la compensación económica en la ley chilena (artículo 61) se reconocieron varios criterios de cálculo (artículo 62) que están tomados del derecho español y francés y que aparentemente introducen ambigüedad acerca del fin de esta institución y de sus fórmulas de cálculo”.

⁷ Por ejemplo, el artículo 100 del *Código Civil* español, modificado por la Ley 15/2005, establece que la compensación 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.

alcance de la institución completa. Tal confusión ha llevado a parte de la doctrina a sostener que la compensación económica tiene una naturaleza distinta según las características de la relación que antecedió a la ruptura; así lo plantea el propio Tapia Rodríguez, quien señala que la compensación económica bien podrá ser indemnización por la pérdida de una chance, bien cumplir una función asistencial, bien reparar un enriquecimiento sin causa⁸. En igual sentido opina Eduardo Court Murasso⁹.

Por otro lado, cabe tener en consideración lo arraigada que está en nuestra legislación la naturaleza asistencial de la pensión de alimentos y la protección al cónyuge más débil, que la propia ley recoge en sus disposiciones generales y, por tanto, también en la institución de la compensación económica. El principio de protección al cónyuge más débil aún después de terminado el matrimonio, lo recoge el artículo 3 LMC., que dispone: *“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”*.

En conformidad con este artículo 3, pues, al momento de resolver sobre las causales de procedencia y de fijar criterios para determinar la cuantía de la compensación económica, el juez deberá tener siempre presente el principio general de protección al cónyuge más débil. Los jueces han rescatado ese principio y en los hechos le otorgan, en muchos casos, como revisaremos más adelante, un carácter asistencial alimenticio a la compensación económica, carácter que la institución no tiene, como lo piensa buena parte de la doctrina, y con lo cual concordamos luego de la lectura del artículo 61 LMC. ya referido.

Es cierto que el artículo 66 inciso 2º de la propia *Ley de matrimonio civil* establece una conexión de la compensación económica con las pensiones alimenticias cuando dispone: *“La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieran ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se*

⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *La compensación económica*, cit (n. 6) p. 4.

⁹ COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de matrimonio civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada* (Bogotá, 2004), pp. 98-99.

declarará en la sentencia”. Pero es claro que la consideración como alimentos de la cuota es para el sólo efecto de los apercibimientos a que dé lugar su cumplimiento. En todo caso, preciso es reconocer que resulta muy poco feliz la asimilación establecida por la norma citada, pues conduce a confusión a muchos sentenciadores formados en la visión de alimentos propia de nuestra legislación. Bastaba disponer derechamente los apercibimientos o una remisión a la ley respectiva como aplicable para ese solo efecto¹⁰.

En el corto tiempo de vida de la institución, como ya señalé, ha existido un avance significativo en el análisis jurídico de la institución. Sin embargo, en mi opinión, no existe igual avance en la fijación de un modelo o parámetro de cuantificación de la compensación, que queda al absoluto arbitrio de los sentenciadores. Los autores nacionales, en general, han volcado su preocupación a definir la naturaleza jurídica de la institución y estudiar los criterios que el legislador indica al juez para fijarla, pero ha preterido desarrollar y sobre todo especificar tales criterios en función de evitar que la cuantificación quede entregada en forma plena al sentenciador. El análisis llega, por tanto, hasta la definición del criterio por considerar, sea la situación previsional o la edad del solicitante, o cualquier otro; pero el paso siguiente, de determinar la cuantía específica, es olvidado y ella queda entregada a la prudencia del juez que toma en consideración la situación del deudor sólo a efectos de fijarle formas de pago.

Por cierto, no podemos dudar ser tarea difícil fijar la cuantía de la compensación económica, ni es nuestra intención establecer un modelo para su cuantificación, al menos en este trabajo; pero no por ello debemos dejar

¹⁰ Ya anunciaba esta confusión en la discusión parlamentaria, el Ministro de Justicia, Sr. Bates, quien expresó: *“Esta fórmula incrementaría las dudas acerca de la naturaleza jurídica de esta nueva institución. Ello, porque las consecuencias de llegar a la conclusión de que es indemnización o alimentos, es diferente. Atendido los hechos que la originan podría sostenerse que no se trataría de una indemnización de perjuicios, por cuanto ésta requiere de un ilícito previo, que en el caso no se produce, y que tampoco sería una pensión alimenticia, aunque los hechos podrían estimarse causa de alimentos”*. A su turno la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer expresó: *“en el derecho comparado, especialmente en España y Francia se ha discutido el mismo tema, y también se hace referencia a los alimentos para los efectos de su cobro. Sin duda es una figura híbrida, pero a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución y por esa razón se sugiere asimilarla a los alimentos, no sólo la posibilidad de solicitar el arresto nocturno del infractor ante el incumplimiento, sino también por el procedimiento ejecutivo simplificado para su cobranza”*: Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en segundo trámite constitucional, en el proyecto de ley, que establece una nueva ley de matrimonio civil, en *Boletín* N° 1.759-18, cit. (n. 5) pp. 196-197.

de lado dar orientaciones al juez en esta última etapa, en aplicación, por lo demás, del artículo 66 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, del artículo 170 del *Código de Procedimiento Civil* y del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de 1920 sobre forma de las sentencias, que ordenan fundamentar siempre la decisión que el juez adopta. ¿Por qué \$200.000 y no \$10.000.000 o viceversa? Lamentablemente veremos que es muy común en nuestros tribunales no entregar justificación alguna a la determinación del monto al cual condenan, estimándose, en mi opinión erróneamente, que el artículo 64 LMC., cuando dice: “*A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto*” establece un sistema de determinación entregado al libre arbitrio del juez. En mi opinión, el sistema no es de libre determinación, pues la decisión judicial necesariamente debe basarse en una situación de causa-efecto, en que la causa –dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común– y el efecto –menoscabo económico– aparecen en el artículo 61 de la Ley, y el efecto debe cuantificarse conforme con los criterios o parámetros que el legislador entrega en el artículo 62 de la misma, debiendo materializarse en el caso concreto en forma numérica y con fundamentos.

Conforme con el artículo 62 LMC., el punto central es dilucidar el sentido y alcance de la expresión “*existencia del menoscabo económico*”. ¿A qué menoscabo económico se está refiriendo el legislador? ¿Al que se produce en las expectativas laborales del cónyuge beneficiario a su reingreso en el mercado laboral, las que se verían afectadas por el hecho de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería, todo ello más allá de la situación económica familiar matrimonial? ¿A la cuantificación de las oportunidades ya perdidas? o ¿o al que, sin importar la causa, se produce como consecuencia del divorcio, esto es, porque la situación del cónyuge beneficiario cambiará por el hecho de ya no estar casado?

Es posible pensar en tres visiones u opciones¹¹ para determinar la procedencia y cuantía del menoscabo económico: i) necesariamente verlo en la relación de causa a efecto establecida por el artículo 61 de la Ley de matrimonio, antes descrita; ii) una vez acreditado los supuestos del artículo 61 LMC., para la cuantificación se prescinde de esa norma y nos regimos exclusivamente por el artículo 62 LMC. (criterios más amplios que la sola determinación del costo de oportunidad); o bien, iii) lo determinamos

¹¹ Utilizaremos esta nota para los efectos de identificar en lo sucesivo del texto estas opciones.

desvinculándolo derechamente del artículo 61 LMC. preocupándonos de revisar si se produce un desequilibrio económico producto del divorcio más allá de su causa u origen¹².

En mi opinión, la compensación económica conforme al texto legal, se mueve entre el primer y segundo supuesto, aunque, en su aplicación práctica, se ha movido entre el segundo y el tercero y, en algunos casos, dentro de sólo el tercer supuesto, lo que en mi opinión constituye una infracción de ley, por que se prescinde de la existencia del artículo 61 LMC.

El tercer supuesto propuesto –desvincular derechamente el artículo 62 del artículo 61 ambos LMC. – lo estimo improcedente, ya que necesariamente debe interpretarse el artículo 62 en relación con su supuesto de procedencia que es el artículo 61 de la misma ley.

Conforme con el texto vigente, no podemos olvidar los supuestos de procedencia del artículo 61 LMC., aun cuando puedan existir hipótesis que seguramente olvidó el legislador mencionar y que en definitiva afectan al cónyuge más débil: Un ejemplo: hay un matrimonio de 10 años de duración; el marido es gerente general de una empresa con ingresos por \$5.000.000 mensuales; la mujer es secretaria con ingresos por \$300.000 mensuales, y ha trabajado desde antes de casarse. Para hacer más ágil el ejemplo, supongamos, en una primera hipótesis, no haber habido hijos y que el cuidado del hogar estuvo entregado a trabajadoras de casa particular. ¿Se produce un menoscabo económico para la mujer¹³ por el hecho de divorciarse? Por cierto, el ingreso familiar de \$5.300.000 totales o \$2.650.000 *per capita* se transforman en un ingreso mensual único de \$300.000. Una vez divorciada la mujer, su nivel de vida ya no será el mismo y deberá adaptarlo a su ingreso de \$300.000. ¿Procede la compensación económica? Si aplicamos el tercer criterio, esto es, el de regular el desequilibrio económico que se produce por el hecho de divorciarse, efectivamente existe un menoscabo; pero el presupuesto de procedencia que nos indica el artículo

¹² El derecho español pareciera seguir esta opción al disponer en el artículo 97 inciso 1º del *Código Civil* español: “*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*”.

¹³ En este trabajo los supuestos se refieren generalmente a mujeres que demandan la compensación económica. La hipótesis de trabajo –mujer demandante de compensación económica– no responde a una postura de género, sino que reconocer que representará la gran mayoría de las situaciones y que la discusión parlamentaria precisamente giró en torno a la mujer que por dedicarse a sus hijos o al cuidado del hogar vio afectadas sus expectativas laborales.

61 LMC. es otro: “*Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común [...]*”. En este caso, no se da ninguno de los dos supuestos de procedencia de la compensación, que no hay por qué otorgarla.

Si suponemos haber existido hijos y que la cónyuge redujo su jornada laboral en un 20% a causa de su cuidado, ahora sí es procedente la compensación económica; pero ella, ¿ha de ser por ese 20% perdido [posibilidad i)] o bien, basarse en el desequilibrio general? [posibilidad ii)]¹⁴. Con la estricta interpretación causa-efecto de los artículos 61 y 62 LMC. —análisis del costo de oportunidad laboral— sólo debiera compensarse el costo de oportunidad perdido [posibilidad i)]¹⁵; pero con una interpretación más amplia y vinculando estos artículos al principio de protección al cónyuge más débil del artículo 3 LMC., será aplicable el segundo supuesto [opción ii)]¹⁶ —una vez determinado el supuesto de pérdida de una chance se procedería a determinar el desequilibrio más allá del costo de oportunidad perdido—.

Piénsese en la misma cónyuge que, teniendo hijos, trabaja con igual intensidad y dedicación que sus colegas solteras y, conforme con una visión moderna, cumple esforzadamente todos los roles: madre, cónyuge y trabajadora, lo que hoy se denomina “trabaja doble jornada”: ocho horas en su trabajo y las restantes preocupada de los hijos y del hogar común. Una vez decretado el divorcio, esta cónyuge, ¿tiene derecho a compensación? Salvo que apliquemos la tercera opción y convirtamos en letra muerta el artículo 61 LMC., no es procedente la compensación económica. Se produce el contrasentido que en este caso hubiese sido más conveniente para la cónyuge derechamente no trabajar [si su marido tenía un ingreso que permitiera sustentar el gasto familiar y cuenta con un patrimonio más significativo que el de ella], lo que demuestra que el legislador exageró en su protección a la cónyuge más débil, ya que en este caso no deja la mujer de ser el cónyuge más débil. El legislador, probablemente considerando la realidad mayoritaria de matrimonios chilenos, en que la cónyuge no trabaja por cuidar de los hijos y el hogar común termina desconociendo la nueva visión de la mujer chilena, la mujer trabajadora que comparte roles con su marido. Entonces, el legislador parece olvidar el supuesto de la mujer-madre-trabajadora, trabajadora de “doble jornada”, que se ve afectada por un desequilibrio económico al momento del divorcio.

Por otro lado, conforme con la redacción de los artículos 61 y 62 LMC.,

¹⁴ Véase la nota 11.

¹⁵ Véase la nota 11.

¹⁶ Véase la nota 11.

igualmente puede sustentarse que, no obstante darse los supuestos del artículo 61 LMC. –cónyuge se dedica al cuidado del hogar e hijos postergando una actividad lucrativa–, igualmente no tenga derecho a compensación según el artículo 62 de la misma ley, que usa específicamente la expresión “*para determinar la existencia del menoscabo económico [...]*”, que insinúa poder darse los supuestos sin que exista un menoscabo económico.

Retomando el ejemplo, supongamos que la cónyuge con ingresos de \$300.000, sólo trabajó media jornada, para dedicar el resto del día a los hijos comunes, y que tiene un patrimonio propio heredado de 1.000 millones de pesos: ¿debe recibir compensación? Como, según artículo 61 LMC., ella es procedente, debemos dar el paso siguiente, de determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación conforme con el artículo 62 LMC. A la primera cuestión: ¿existe menoscabo económico? Debemos responder que no, a pesar de haberse dedicado la mujer al cuidado de los hijos media jornada, ya que conforme con los criterios del artículo 62 LMC., no pudo haber habido menoscabo, y el cónyuge más débil pasa a ser el marido. En cambio, si aplicamos la interpretación restrictiva de costo de oportunidad, igualmente, debiera haber compensación.

Una interpretación restrictiva de los artículo 61 y 62, consistente en establecer una relación causa-efecto y sólo centrarse en la determinación del costo de oportunidad perdido [opción i)]¹⁷, sería innegable si el legislador hubiese excluido del artículo 62 LMC. la expresión “*Para determinar la existencia del menoscabo económico*”, y en vez de ella hubiese señalado “*Para determinar la cuantía de la compensación se considerará*”, lo que obedece a un orden lógico, en función de unir el artículo 61 LMC. –criterios de procedencia– y artículo 62 Ley de Matrimonio Civil –criterios de cuantificación–, aun cuando sea “0”. Sin embargo, como la expresión existe, pierde fuerza la interpretación restrictiva sólo vinculada al costo de oportunidad.

No obstante lo señalado, se podría contraargumentar que si así fuese –basta el artículo 62 LMC. para determinar el menoscabo económico– el artículo 61 LMC. no tendría sentido alguno ya que los supuestos allí expresados perfectamente quedan comprendidos en la expresión “menoscabo económico” del artículo 62 LMC., ya que precisamente una de las causas del menoscabo económico puede ser no trabajar o hacerlo en menor medida de lo que podía y quería.

Aun cuando la técnica legislativa no fue la más acertada, no cabe duda que si el legislador escribió el artículo 62 en la Ley de Matrimonio Civil, lo

¹⁷ Véase la nota 11.

hizo con un sentido, por lo que resulta forzoso buscar una interpretación armónica a ambos artículos como manda el artículo 22 inciso 1º del *Código Civil*¹⁸. Entonces, buscando armonizar ambos artículos, una posibilidad de interpretación es pensar que el legislador, al utilizar la expresión “*determinar la existencia del menoscabo económico*” en el artículo 62 LMC., en circunstancias que el artículo 61 ya establecía los supuestos de procedencia., lo hizo restringiendo exclusivamente su alcance a la cuantificación, y por ello habla de existencia de menoscabo económico y no existencia de compensación económica, que ya estaría determinada en el artículo 61 LMC.

En tal hipótesis, para la procedencia de la compensación económica se requeriría que: i) el cónyuge solicitante no hubiera podido trabajar o que lo hubiera hecho en menor medida de lo que podía y quería por tener que dedicarse al cuidado de los hijos o del hogar común; y ii) que tales hechos le hayan producido un menoscabo económico; en el entendido que un menoscabo puede no existir a pesar del cumplimiento del primer requisito si, por ejemplo, la situación patrimonial del cónyuge solicitante es mejor que la del demandado (artículo 62 LMC.).

Cabe reconocer y lo veremos más adelante, que los jueces en las escasas sentencias existentes sobre compensación económica, optan por un criterio de interpretación en que primero se preocupan de la existencia de los presupuestos del artículo 61 LMC., para así determinar la procedencia de la compensación económica, y luego, con base en el principio de protección del cónyuge más débil, desvinculan la cuantificación de la compensación económica del costo de oportunidad perdido, aplicando derechamente los criterios del artículo 62 LMC. Ninguna de las sentencias que pudimos revisar analiza cuál fue el costo de oportunidad laboral perdido. La profesora Susan Turner Saelzer parece seguir este criterio al expresar: “El artículo 62 sigue la tesis subjetiva del derecho español al señalar que las circunstancias en él indicadas sirven para determinar tanto la existencia del menoscabo económico como la cuantía de la compensación. Es decir, tales circunstancias no sólo cumplen una función de cuantificación del menoscabo sino que condicionan su propia existencia. Es cierto que con esta concepción subjetiva se disipa en parte el peligro de ver en la compensación económica derivada de una mera comparación aritmética de patrimonios, un derecho a mantener el nivel de vida del matrimonio o un derecho a nivelación o a indiscriminada igualación y nos acercamos más a un mecanismo que

¹⁸ Artículo 22 inciso 1º del *Código Civil*: “*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*”.

pretende evitar que a consecuencia de la ruptura del vínculo se produzca entre los cónyuges una situación patrimonial abiertamente injusta”¹⁹.

Pero, ¿qué sucede con la mujer trabajadora que además no descuida a sus hijos, el hogar común ni su trabajo? Pues, como no cumple con el artículo 61 LMC., no tiene derecho a compensación; por tanto, desde el punto de vista del desequilibrio patrimonial, era mejor que no hubiese trabajado, como ya lo mencioné con anterioridad. Con lo señalado, aquél cónyuge, cuya proyección laboral futura frente a su situación patrimonial matrimonial, es muy desfavorable, volvemos al ejemplo de la cónyuge casada con un gerente general, el legislador parece incentivarle a que no trabaje si frente a la eventualidad de un futuro divorcio no desea quedar desprotegida.

La situación que planteo va contra la tendencia de incorporar la mujer al trabajo y también, por cierto, de acordar a mayores roles dentro del hogar al hombre. Denota una visión absolutamente obsoleta de la vida matrimonial, pues se legisla pensando en el supuesto de una mujer que sólo realiza labores del hogar [dimensión interna o intra-hogar] y un hombre que trabaja sin realizar esfuerzo alguno al hogar común [dimensión externa o extra-hogar]. No puedo desconocer que el supuesto planteado aún sea una situación muy frecuente, pero legislar a partir de un supuesto desconociendo otras realidades, cada día de mayor intensidad, lleva a soluciones que resultan manifiestamente injustas para aquel cónyuge que se esfuerza por cumplir con todos sus roles, dentro y fuera del hogar.

Volvamos a la doctrina: el profesor Álvaro Vidal Olivares estima que “el menoscabo económico no se traduce en un daño sino en un desequilibrio o disparidad económica entre los dos cónyuges que impide que ambos rehagan su vida separada en un plano de igualdad. Uno comienza su vida separada un paso más atrás”²⁰. Y añade: “Con la compensación económica se busca poner fin de una sola vez al problema de los efectos patrimoniales del divorcio, evitando perpetuar los conflictos entre los ex cónyuges. La ley de matrimonio civil recoge la doctrina del *common law* denominada “*clean break*”, conforme ella las prestaciones entre los divorciados deben ofrecer al cónyuge más débil una base cierta para afrontar de manera autónoma una vida definitivamente separada y así alcanzar un status adecuado al

¹⁹ TURNER SAELZER, Susan, *Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil*, en Revista de Derecho 16 (Universidad Austral, Valdivia, 2004), p. 100

²⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Compensación económica en la ley de matrimonio civil*, en ADAME GODDARD, Jorge (coordinador), *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (México, UNAM., 2006), p. 437.

que tenía constante el matrimonio”²¹. En otro trabajo reitera lo anterior, al afirmar que “La ley de matrimonio civil recoge la doctrina del *common law* denominada “*clean break*”, conforme ella las prestaciones entre los divorciados deben ofrecer al cónyuge más débil –que sufre el menoscabo económico– una base cierta para afrontar de manera autónoma y digna la vida definitivamente separada”²².

Comparto en parte la opinión del profesor Vidal Olivares, en cuanto a lo que debiera haber considerado el legislador al momento de regular la institución de la compensación económica, esto es, ofrecer al cónyuge más débil una base cierta para afrontar de manera autónoma la vida futura. Sin embargo, creo que si seguimos el texto legal, su opinión olvida el artículo 61, que condiciona la compensación económica a los supuestos allí establecidos y, por tanto, no contempla todos los casos en que se puede producir un desequilibrio o disparidad económica, que sólo podríamos recoger en la ley aplicando el artículo 62 en relación con el artículo 3 LMC., pero olvidándonos del artículo 61. Vuelvo, una vez más, al ejemplo que considero muy ilustrativo de la cónyuge trabajadora que con gran esfuerzo personal cumple exitosamente todos sus roles de madre, cónyuge y trabajadora y que, por cualificación profesional, tiene un ingreso mensual mucho menor que el de su marido, pues su caso no es reconocido por el artículo 61, no obstante producirse el desequilibrio que plantea el profesor Vidal Olivares. Por otro lado, la teoría del “*clean break*”, en nuestra legislación debería establecer ciertos límites temporales; salvo que acojamos derechamente una naturaleza de pensión compensatoria, ya que es de muy difícil cuantificación una compensación económica única cuando se parte del supuesto de una vida solitaria y sin posibilidad de reiniciar una nueva vida matrimonial o en pareja: ¿cómo cuantificamos el plazo que debe vivir autónomamente?. En ese sentido, la solución original presentada por el Ejecutivo²³, más cercana al derecho español, de establecer

²¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Compensación económica*, cit. (n. 20), p. 437.

²² VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil*, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 219.

²³ El artículo 38 del proyecto presentado por el Ejecutivo decía: “*Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando los resultados de la liquidación del régimen patrimonial de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos. 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;*

como una de las modalidades una pensión compensatoria²⁴, parece más adecuada y soluciona esta incógnita al momento de la cuantificación de la compensación económica.

El profesor Vidal Olivares, según entiendo, se ha adscrito a una visión no restrictiva de causa-efecto para interpretar los artículos 61 y 62, esto es, que una vez dados los supuestos del artículo 61, la cuantificación del menoscabo económico se desvincula de su supuesto de procedencia, esto es, del costo de oportunidad laboral, y surge una cuantificación conforme con el desequilibrio en que quedan los cónyuges luego del divorcio, de modo que, entre otros aspectos, el juez considerará aquel menoscabo económico producido por no desempeñar el cónyuge más débil una actividad remunerada o lucrativa o haberla desempeñado en menor medida que lo que podía y quería, atendido el cuidado de los hijos y el hogar común. Lo anterior lo desprendo de la siguiente afirmación del profesor Vidal Olivares: “Este desequilibrio económico es inaceptable y reclama una reacción del ordenamiento jurídico, y en el caso chileno se opta por la denominada compensación económica cuyo objeto es corregir ese desequilibrio o disparidad. De cualquier forma la sola concurrencia del supuesto típico

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 periodo 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 reconvenional 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: 1º La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; 2º La edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges; 3º Las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral; 4º La eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar; 5º El aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común; 6º La eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio; 7º 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 su 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 5 años desde su imposición, para el sólo 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”. Boletín 1759-18, cit. (n. 5), pp. 393-395.*

²⁴ Véase la nota 11.

de la norma del artículo 61 de la ley no determina como efecto necesario el derecho a la compensación económica, será menester la existencia del menoscabo y ello se apreciará según ciertas circunstancias de los cónyuges, unas vinculadas con el pasado y otras con el futuro previsible del cónyuge que reclama compensación²⁵.

El profesor Carlos Pizarro Wilson, a su turno, señala que, para determinar la procedencia de la compensación económica, la mirada debe volcarse hacia el pasado. El juez debe considerar el sacrificio de alguno de los cónyuges en la vida marital. En principio no se trata de evaluar las necesidades futuras del cónyuge beneficiario, sino de todo aquello que no pudo ingresar a su patrimonio en razón del sacrificio durante el matrimonio. En otros términos, debería procederse a un cálculo del sacrificio económico o empobrecimiento del cónyuge beneficiario al haberse dedicado a tareas no lucrativas o haberlo hecho en menor medida de la querida o posible. Esto no tiene nada que ver con los alimentos, los cuales se vinculan al deber de socorro, y se fijan sobre la base de las necesidades económicas del alimentario y las facultades económicas del alimentante²⁶.

El profesor Pizarro Wilson estima que la visión más adecuada de la compensación económica es la del enriquecimiento injusto del cónyuge deudor, ya 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 y tareas del hogar. El trabajo desempeñado por el cónyuge beneficiario significó un enriquecimiento del cónyuge deudor, puesto que este último gozaba de un beneficio en su nivel de vida en razón del sacrificio del otro cónyuge²⁷; en lo tocante a su cuantía, igualmente desvincula este autor el menoscabo del hecho generador, ya que estima que se trata de una compensación del daño patrimonial destinada a mantener un cierto nivel de vida al cual el cónyuge beneficiario tiene derecho en virtud del sacrificio realizado durante el matrimonio.

Si seguimos al profesor Pizarro Wilson, el cónyuge beneficiario, entonces, debe tener derecho a una compensación económica que le permita compensar el estándar de vida al cual accedía durante el matrimonio y no sólo se le debe compensar el costo de oportunidad laboral perdido, es por tanto, una visión más amplia que la mera pérdida de una oportunidad laboral.

²⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Compensación económica*, cit. (n. 20), p. 424.

²⁶ PIZARRO WILSON, Carlos, *La compensación económica en la nueva Ley de matrimonio civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 3 (Santiago, 2004), pp. 87.

²⁷ PIZARRO WILSON, Carlos, *La compensación económica*, cit. (n. 26) p.90.

Sin embargo, la visión del profesor Pizarro Wilson, al no cuestionar los supuestos de procedencia del Art. 61 de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, no nos entrega una respuesta al caso de la mujer que trabaja tanto cuanto podía y quería e igualmente se enfrenta a un desequilibrio económico al momento del divorcio, en nuestro ejemplo, una secretaria con ingresos mensuales de \$300.000 casada con un gerente con ingresos mensuales de \$5.000.000.

En el caso planteado, si la mujer hubiese decidido no trabajar para dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar común, el ingreso familiar de los cónyuges durante el matrimonio sería la suma de \$5.000.000, y deberá compensársele a la cónyuge beneficiaria la pérdida del estándar de vida al cual accedía durante la vida conyugal al haberse dedicado a la crianza de los hijos y tareas del hogar. Sin embargo, si la misma cónyuge, cualquiera sea la razón decidió continuar trabajando tanto cuanto podía y quería, percibiendo ingresos mensuales de \$300.000 conforme a su cualificación profesional sin descuidar su rol de madre y cónyuge, pues conforme a la actual redacción del Art. 61 de la LMC. deberá conformarse con sus ingresos mensuales de \$300.000 sin obtener compensación económica, alterándose por cierto el estándar de vida que tenía durante el matrimonio, salvo que se pretenda desconocer los supuestos de procedencia del artículo 61 LMC. Por cierto, el ejemplo es válido para cualquier caso en que la diferencia de ingresos entre los cónyuges sea significativa.

A su turno, el profesor Carlos Peña González, parece estar por una aplicación restringida a los supuestos del artículo 61 LMC., al expresar: “Pero en cualquier caso, la regla de las compensaciones económicas 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. Todas esas instituciones que acabo de enumerar tienen reglas propias y las prestaciones compensatorias no tienen por función suplirlas o corregirlas. En verdad –como lo muestra la experiencia en el derecho comparado–, las prestaciones compensatorias, juzgadas conforme a un criterio de derecho estricto, sólo deben concederse si se configuran –probándose quien las pretende– las circunstancias que la ley describe en el artículo 61 bajo un criterio general de justicia”²⁸.

Los profesores Javier Barrientos Grandón y Aranzazu Novales Alquezar²⁹

²⁸ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Seminario nueva ley de matrimonio civil*, en serie “Charlas Colegio de Abogados de Chile” (Santiago, 2004), p. 70.

²⁹ Sobre fundamentos y fines que puede entregarse a la institución de la compensación económica en el derecho comparado y su aproximación al derecho chileno

realizan una completa descripción de los diversos fundamentos y fines que se pueden entregar a la institución de la compensación económica en el derecho comparado y en nuestra Ley de matrimonio civil. Los autores reconocen la confusión que se presentó durante la tramitación del proyecto de ley –y que ya se advierten también en la doctrina– y que en definitiva terminó con la incorporación de la expresión “menoscabo económico” y en la actual redacción de los artículos 61 y 62. Barrientos y Novales, sin perjuicio de las diversas posibilidades por las cuales pudo optar el legislador, son claros en admitir que, conforme con la Ley de matrimonio civil, el menoscabo económico se debe producir por ciertas causas concretas: i) no haberse podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio; y ii) haber desarrollado una actividad remunerada o lucrativa, durante el matrimonio, en menor medida de los que podía y quería dicho cónyuge; y que “las citadas causas del menoscabo económico sean la consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común”³⁰. Por tanto, reafirman la aplicación del artículo 61 LMC. para determinar la procedencia de la compensación económica.

En mi opinión, y sólo basándome en el texto legal y no en lo que quisiera dijera el texto legal, aplicando el artículo 23 del *Código Civil*: “*Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*”, la compensación económica procederá cuando se prueben por el cónyuge solicitante los supuestos del artículo 61 LMC., esto es, que no se haya podido realizar una actividad remunerada o se la haya desempeñado en menor medida de lo que se podía y quería, por causa de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común, a consecuencia de lo cual se produce un menoscabo económico. Pero se excluye el supuesto de la cónyuge que trabaja remuneradamente, que desea desarrollarse laboralmente y que lo hace sin dejar de preocuparse de la crianza de los hijos y del hogar común, tareas que realiza con mayor intensidad que su marido, el cual da prioridad a su actividad laboral por sobre las tareas del hogar. La situación que describo no podría subsanarse con laxas interpretaciones que pueda realizar la doctrina a la institución de la compensación económica, ya que el artículo 61 LMC. es bastante preciso respecto de los supuestos de procedencia de la compensación económica, y para una visión distinta se requeriría de una modificación legal. El artículo 62 de esa ley debe reservarse, en el escenario actual, para la

ver BARRIENTOS GRANDÓN, Javier - NOVALES ALQUEZAR, Aranzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*³, cit. (n. 2), pp. 401 - 434.

³⁰ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier - NOVALES ALQUEZAR, Aranzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*³, cit. (n. 2), pp. 427-428.

cuantificación, mas no para determinar la procedencia de la compensación económica; admito que pueda interpretarse con desvinculación al costo de oportunidad laboral, ya que de otro modo no se entiende los parámetros de buena o mala fe o situación patrimonial de ambos.

Creo que el camino será modificar estas disposiciones, en particular los supuestos de procedencia de la compensación económica, para hacerla procedente en un supuesto único, en una realidad distinta a la tradicional, basada en el caso mayoritario de la mujer dueña de casa, y más cercana al paradigma de una mujer que, sin dejar de ser madre y cónyuge, busca su desarrollo profesional, probablemente con una mayor cuota de esfuerzo que su marido.

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE COMPENSACIÓN ECÓNOMICA

Ya con casi dos años de aplicación LMC., los tribunales de justicia, primero los juzgados civiles de mayor cuantía y hoy los tribunales de familia, y las respectivas Cortes, han comenzado a pronunciarse sobre demandas de compensación económica. Resultará interesante notar que la confusión que se presentaba en la discusión parlamentaria según nos advertían Barrientos y Novales³¹, y Vidal Olivares³², se presenta igualmente en los jueces al momento de aplicar la norma.

He seleccionado algunas sentencias que estimo ilustrativas de la aplicación de la ley. Por razones meramente metodológicas se seguirá un orden cronológico en su análisis.

1. Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 744-05, sentencia de fecha 31 de octubre de 2005³³, “Vargas con Calderón”: concede compensación

³¹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUEZAR, Aranzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*³, cit. (n.2), p. 415: “Sin perjuicio de la citada disposición –artículo 61–, no puede dejar de consignarse que, tanto en la Comisión de Constitución del Senado cuanto en la discusión en Sala, durante la discusión y tramitación de la Ley 19.947 hubo una serie de opiniones en lo tocante a la cuestión central de los fundamentos, naturaleza y fines de la compensación económica que se pretendía establecer, destacándose que existió una permanente imprecisión de tales aspectos, y en relación con los cuales no es posible hallar una opinión definitiva y categórica en la historia fidedigna del establecimiento de la ley”

³² VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Compensación económica*, cit. (n. 20) p. 425: “En torno a la naturaleza jurídica, después de dar un vistazo al derecho comparado y, más importante, a la historia del establecimiento de la ley, la respuesta a esta interrogante oscila entre los alimentos y la responsabilidad civil, presentándose una tercera posibilidad: aceptar lisa y llanamente que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia que no se identifica plenamente con ninguna de las antes dichas”.

³³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 31 de octubre de 2005, “Vargas con Calderón”, Rol 744-2005, Ministro redactor Oscar Clavería Guzmán.

económica a una mujer que se dedica al cuidado de los hijos, pero que luego inicia una nueva relación de la cual nacen dos hijos más; señala la sentencia: “Además de criar a los menores, el sólo hecho de dedicarse al cuidado de los hijos y a las labores propia del hogar común, sin ejercer una profesión u oficio remunerados implica un menoscabo económico y estratificador para conseguir un empleo luego de la crianza aludida; situación que previó el legislador en el artículo 61 LMC. Para determinar el monto de la compensación económica ha de considerarse la vida en común que tuvieron, la situación patrimonial del cónyuge demandante, la buena fe de éste al otorgarle la suma de treinta mil pesos mensuales voluntariamente y especialmente el hecho de que la demandada ha tenido una vida en común con otra persona, de cuya unión nacieron otros dos hijos”. La suma de compensación económica es fijada en 1 millón de pesos.

La sentencia toma posición en el sentido que basta el cuidado de los hijos y del hogar común sin ejercer una profesión u oficio, para hacer procedente la compensación económica, por lo que lo considera como una situación objetiva y desvinculada a las expresiones “podía y quería” del artículo 61 LMC. Lo anterior concuerda con la opinión del profesor Pizarro Wilson, que estima que “el legislador no distingue para admitir la procedencia de la compensación si el demandante de la compensación decidió por sí mismo no trabajar o no tenía más alternativa. El hecho objetivo de haberse dedicado al cuidado de los hijos o trabajar en menor medida conlleva menoscabo económico que debe compensarse”³⁴. Con dicha interpretación no sería necesaria la prueba del menoscabo, de lo que disiente el profesor Vidal Olivares, con el cual concuerdo, en cuanto a que el menoscabo económico no se presume, siendo necesaria su prueba³⁵. Por lo demás, si no es necesaria la prueba, no tiene sentido alguno la utilización de las expresiones “podía y quería” en el artículo 61, del todo subjetivas y requirentes de prueba.

Por otro lado, la sentencia, al momento de fijar la cuantía, considera la situación patrimonial de la demandante, y no del demandado, lo que lo acerca a una visión asistencial. La sentencia, asimismo, reconoce como buena fe del demandado el pago de alimentos voluntarios, con lo que desconoce el sentido y alcance de la incorporación de la buena o mala fe dentro de los criterios del artículo 62, ya que la doctrina mayoritaria sostiene, siguiendo la historia de la ley, que se trata de la buena o mala fe de quien demanda la compensación y no del demandado, pues se busca

³⁴ PIZARRO WILSON, CARLOS, *La compensación económica*, cit. (n. 26) p.92.

³⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, cit. (n. 22) p.257.

evitar que quien provoca el divorcio o nulidad después pida compensación además³⁶. Por lo anterior, atendidos los hechos y que las partes ya cuentan con nuevas vidas, la buena o mala fe debió analizarse respecto a la demandante y no del demandado de compensación económica. Por último, la sentencia no justifica cómo alcanzó el sentenciador el monto de la compensación económica ¿Por qué el menoscabo de avaluó en un millón? ¿Cómo un millón de pesos compensa el menoscabo? ¿Qué parámetros se usaron? El único parámetro objetivo que se menciona en la sentencia son los alimentos voluntarios de \$30.000 mensuales, por lo que dicha suma ha sido establecida por la Corte de Apelaciones sin mayor fundamentación específica del por qué de la cuantía nominal.

2. Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 977-2005³⁷, de fecha 2 de

³⁶ Véase BARRIENTOS GRANDÓN, Javier - NOVALES ALQUEZAR, Aranzuru, *Nuevo derecho matrimonial chileno*³, cit. (n. 2) p. 426; *Diario de Sesiones del Senado*. Publicación oficial. Nueva Ley de matrimonio Civil, Sesión Ordinaria 33ª, 21-1-2004, p.713, o VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, cit. (n. 22), p. 263-264.

³⁷ Corte de Apelaciones de La Serena, “Corral con Bertolino”, rol 977-2005, 2 de diciembre de 2005, “4º *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 causa legal para negar la compensación en estudio. En este juicio, de acuerdo con el propio planteamiento de las partes y de la testimonial rendida por la actora, aparece claro, incluso no ha sido controvertido, de que la actora durante el matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos y del hogar, resultando irrelevante si tuvo o no asesoras u otras colaboradoras. Tampoco ha sido materia de disputa la circunstancia de que la mujer no accedió al mercado laboral o desarrolló actividades lucrativas (optó por lo anterior), y si a ello se une el hecho ya establecido en autos del detrimento o menoscabo económico por ella sufrido, emerge con toda propiedad su derecho a ser compensada económicamente de una manera razonable y equitativa, de acuerdo con el mérito de las probanzas rendidas en autos y a las condiciones particulares de cada una de las partes. 6º) Que la demandante presentó la testimonial de Rocío González Elorza, de Claudia Chaparro Garese, de Luis Fernando Donoso García y de María Velasco Villablanca, quienes en lo pertinente, estuvieron contestes en señalar que ambos cónyuges tenían una buena situación económica, que ella dejó su trabajo de Lan Chile inmediatamente después de casada para dedicarse al hogar, no obstante que tenía grandes expectativas económicas, que se trata de una mujer joven con estudios de diseño y que domina el inglés, en tanto que el demandado se dedica al movimiento de tierras y explotación de bosques, y que la demandante por sus contactos sociales, le ayudaba efectivamente promoviendo su trabajo, lográndose de esta manera obtener determinados contratos. 8º) Que el demandado produjo la testimonial de Francisco Hernández Solís, de Hernán Azócar Ascui y de Juana Pavez Delgado. Esta última dijo haber trabajado*

diciembre de 2005, “Corral con Bertolino”: estima que el hecho de que la mujer voluntariamente no haya querido trabajar —renunció a su trabajo seis meses antes del matrimonio y el primer hijo nació a los 2 años de estar casados—, optar por dedicarse al cuidado de los hijos comunes y del hogar común no impiden la procedencia de la compensación económica, ya “*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 LMC., lleva a concluir, sin duda alguna, que la opción libre o voluntaria de la mujer de 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 causa legal para negar la compensación en estudio*”.

El criterio de la Corte de Apelaciones de La Serena adscribe también a la interpretación según la cual basta acreditar que el cónyuge beneficiario no trabajó o lo hizo en menor medida, sin necesidad de probar la causa o motivación que condujo a ese hecho, tal como lo sostiene, por ejemplo, el profesor Pizarro Wilson³⁸. Sin embargo, estimo esa apreciación como equivocada, ya que precisamente para este tipo de casos el legislador contempló las expresiones “*podía y quería*” en el artículo 61 LMC.

El legislador, más allá de la confusión que pueda surgir de la lectura de los artículos 61 y 62 LMC., siempre tuvo en cuenta la hipótesis de que el cónyuge beneficiario se viera obligado a postergar su actividad profesional o remunerada por tener que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar común; de allí las expresiones “*podía y quería*” y no “*podía o quería*”. Se

como asesora en la casa de ellos, de manera que le correspondía efectuar todas las labores propias del cargo, que la señora se dedicaba a mantener la casa, a vigilar. El segundo testigo señaló que la situación actual del demandado era mala, inestable pero que podía revertirse. El primer testigo, en cambio, aseveró que el demandado tenía muy buena situación económica al casarse, estado que ha mantenido hasta la época actual y tal vez con mejor situación. 9º) Que teniendo en consideración todo lo ya señalado, los sentenciadores procederán en virtud de las facultades indicadas en el artículo 65 de la ley 19.947 a una prudente regulación, teniendo en cuenta todos los parámetros señalados en su artículo 62, ya comentado. Por estas consideraciones, lo expresado por la señora fiscal judicial en su informe de fojas 99 y lo dispuesto en los artículos 61 a 66, 85 y siguientes, 92 y artículo 1º transitorio de la Ley 19.947, se declara: Que se revoca, en lo apelado, la sentencia de fecha veinte de junio pasado, escrita a fojas 87 y siguientes, en cuanto no hizo lugar a la compensación económica solicitada por doña María Corral Macías, y en su lugar se decide que se hace lugar a ella, determinándose ésta en el equivalente a ochocientas unidades de fomento, que se pagarán en seis cuotas iguales bimestrales” (Redacción del Ministro Sr. Shertzer).

³⁸ PIZARRO WILSON, Carlos, *La compensación económica*, cit. (n.26).

trata de aquellos casos en que la contribución a la familia implica postergar una actividad laboral que quería y podía realizar. No creo que el legislador haya pensado en quien, pudiendo trabajar, no quiso hacerlo —en este caso la mujer tuvo su primer hijo dos años luego de casada; y, además, se probó que contaba con asesora del hogar y ella sólo se dedicaba a mantener la casa y vigilar—. En definitiva, la Corte revocó la sentencia de primera instancia y condenó al marido al pago de 800 UF (14 millones de pesos aproximadamente) en cuotas bimestrales. En este caso, la cuantía y la forma de pago no parecen representar una pensión, sino más bien un resarcimiento o reparación. Sin embargo, debo criticar los criterios aplicados a este caso, ya que situaciones como la planteada llevarán a aplicar un nuevo aforismo, ya escuchado en tribunales: “no hay divorcio sin pago”, en circunstancias que el correcto es “no todo divorcio implica compensación”.

3. Corte de Apelaciones de Concepción, rol 2741-2005³⁹, sentencia de fecha 2 de diciembre de 2005, “Garros con Godoy”: en este caso, la Corte revisó un acuerdo de compensación económica al cual arribaron las partes; y dispuso “3.1 *Que en caso de que la señora Godoy sobreviva a la muerte del demandado se le asegure el monto establecido con cargo a la masa hereditaria que éste deje hasta la muerte de la demandada, que será reajustado anualmente conforme al índice de precios al consumidor (IPC);* 3.2) *Que el actor pagará en forma completa las cotizaciones en Fonasa de la demandada, y en caso de que ésta sobreviva al actor, de igual forma será con cargo a la masa hereditaria*”.

Como se aprecia en este caso, la Corte escapa a las dos modalidades que establece el artículo 65 LMC.⁴⁰ para el pago de la compensación económica, salvo que interpretemos que la expresión “*podrá establecer las siguientes modalidades*” del artículo 65 inciso 1º de la ley, no impide que se establezcan otras, aun cuando, en ese caso, debió expresarse por el legislador “podrá, entre otras, establecer las siguientes modalidades”. Sin perjuicio de lo anterior, destaca nuevamente el carácter claramente asistencial que se otorga a la compensación económica, carácter que la doctrina nacional está conteste que no tiene. Sin embargo, rescato de esta sentencia la modalidad basada en el pago de cotizaciones previsionales, que sí tiene una vinculación con el costo de oportunidad laboral, ya que precisamente uno de los costos de oportunidad perdidos son las cotizaciones previsionales no generadas.

³⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, “Garros con Godoy”, rol 2741-2005, 2 de diciembre de 2005, redacción del abogado integrante Sr. Patricio Mella Cabrera.

⁴⁰ Véase GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, en “Seminario Colegio de Abogados de Chile” (Santiago, 2005), pp. 16-17.

4. Corte de Apelaciones de Valparaíso⁴¹, rol 2321-05, sentencia de fecha 22 de diciembre de 2005, “Lobos con Villagra”: revocó la sentencia definitiva del Juzgado de Los Andes, que había fijado una compensación económica en la suma de cinco millones de pesos, por haberse dedicado la solicitante al cuidado de los hijos y del hogar. El demandado alega que la mujer pudo trabajar y que no quiso hacerlo, y que sólo vivieron juntos tres años. La Corte de Valparaíso estimó que *“no se rindió en la causa pruebas al tenor del auto de fojas 9 del cuaderno separado a la vista, en el sentido que exige el artículo 61 LMC., esto es, el menoscabo económico, que permita a esta Corte ponderar debidamente la suma que por tal concepto se solicita”*. Por tanto cabe deducir de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que no basta que la mujer no haya trabajado, sino que deberá probar que, por haberse dedicado al cuidado de los hijos y labores del hogar, fue esa y no otra la causal directa por la que no pudo realizar una actividad lucrativa o remunerada o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. Esta posición la estimo coherente con la redacción del artículo 61 LMC.

5. Corte de Apelaciones de Valdivia, causa rol 959-2005⁴², sentencia de fecha 22 de diciembre de 2005: rechazó la demanda reconventional de compensación económica por 126 millones de pesos, fundada en que la mujer realizó actividades remuneradas y contó con personal doméstico para las labores del hogar: *“Que el presupuesto de procedencia de la compensación económica, de conformidad con lo que dispone el artículo 61 de la ley 19.947 es que, si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, situación que de acuerdo con el mérito de los antecedentes no se encuentra establecida. En efecto de la prueba rendida no resulta evidente que la cónyuge haya quedado marginada de realizar actividades remuneradas, consta por el contrario que se perfeccionó y tuvo participación en actividades lucrativas”*.

Se interpuso recurso de casación en el fondo, causa rol 574-2006, de la Excma. Corte Suprema, basado en que se habría infringido el artículo 61 LMC., sosteniéndose que: “Los jueces del grado han hecho una errada interpretación de la finalidad y requisitos de la compensación económica establecida en dicha norma, ya que el objetivo de la institución en comento es proteger al cónyuge más débil patrimonialmente, de modo tal

⁴¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, “Lobos con Villagra”, rol 2321-05, en la base de datos LexisNexis, www.lexisnexis.cl, sentencia N° 34.238.

⁴² Corte Suprema de Justicia, “Monsalve con Jiménez”, rol 574-2006, 21 de junio de 2006, en base de datos LexisNexis www.lexisnexis.cl, sentencia N° 34.818.

que el divorcio no desmejore de modo considerable su situación personal y económica. Afirma que en el caso de autos, quedó asentado que la demandante reconvenional, durante el tiempo de convivencia matrimonial, estuvo al cuidado de sus hijos, pudiendo el demandado, a consecuencia de lo mismo, acumular riqueza en desmedro de ella, lo que generó un perjuicio económico que se ve acentuado con el divorcio ya que se dejaría por su parte, además, de percibir alimentos. Hace presente que el hecho que la recurrente haya estudiado, no excluyó que ejerciera el cuidado de sus hijos, no encontrándose probado, por otra parte, que tal actividad obstará para que la cónyuge ejerciera alguna labor remunerada”⁴³. La Corte Suprema declaró inadmisibles el recurso, al estimar que se estaría impugnando la ponderación de la prueba, por lo que no entró al fondo del recurso. Sin perjuicio de la validez del fallo, habría sido interesante conocer el pronunciamiento de la Corte ya que habría entregado luces sobre la adecuada interpretación que deba darse a los artículos 61 y 62. ¿La compensación económica está vinculada necesariamente al costo de oportunidad laboral? o bien ¿busca equilibrar la situación patrimonial para el cónyuge más débil luego del divorcio?

6. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 9.287-2005⁴⁴, sentencia

⁴³ Véase la nota 42.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 9287-05, sentencia de fecha 21 de marzo de 2006, “Sabag con León”: “2. *Que siguiendo el camino trazado por el legislador y de acuerdo a la prueba rendida, es posible establecer que la convivencia matrimonial se extendió desde su celebración, 11 de agosto de 1978, hasta el cese de la misma hecho que ocurrió el 3 de abril de 1997, esto es, por más de 18 años. Asimismo, se ha acreditado en autos que el demandado reconvenional percibe aproximadamente la suma de \$ 1.200.000.- por pensión de retiro, como se deduce del documento rolante a fojas 77; que es de profesión ingeniero en administración como lo declara al individualizarse en la demanda y que estudia actualmente derecho en la Universidad La República, donde cursa el 5º año, según certificado de fojas 159. Además, el señor Sabag registra numerosos viajes al extranjero según aparece del documento de fojas 412 que da cuenta de salidas a Estados Unidos, Cuba, México y especialmente Argentina. 3.- Que en lo que se refiere a la situación patrimonial de la actora reconvenional, se encuentra acreditado que durante la vida en común se dedicó a la crianza de sus hijos y no desarrolló ninguna actividad remunerada. Así se encuentra probado por las declaraciones de los testigos Sabag León y León Preller al contestar al punto dos del auto de prueba; situación que se encuentra reafirmada por la referencia que se hace al informe social en la sentencia recaída en los autos por alimentos Rol N° 927-1997 (fojas 138). Además, consta de los documentos de fs 285 y fs 346 que la demandante reconvenional tuvo que entregar la casa habitación que proporcionaba la Fuerza Aérea de Chile y que arrienda un departamento en Lo Barnechea donde vive con sus hijos. 4.- Que merece un apartado especial la situación previsional y de salud de la señora León Servanti, puesto que al disolverse el matrimonio se la desvinculaba en estos aspectos, con la Caja de Previsión de las Fuerzas Armadas, que en ningún caso se ve com-*

de fecha 21 de marzo de 2006, “Sabag con Leon”: fijó una compensación económica de 24 millones de pesos, condenando al ex cónyuge jubilado de las FF. AA, cuyos ingresos mensuales alcanzan la suma de \$1.200.000. El beneficio fue otorgado a la mujer con quién estuvo casado durante 18 años y que no realizó ninguna actividad remunerada, dedicándose a la crianza de los hijos. La Corte tomó especial consideración la situación previsional de la demandante reconvenional de compensación económica al dejar de ser carga legal de su marido, sin verse compensada por los ingresos que le proporciona el arriendo de dos vehículos a la Compañía de Teléfonos de Chile. Luego el condenado solicita que se fije el pago en cuotas, y le es rechazada la petición.

Sin perjuicio de que esta sentencia no está ejecutoriada a la fecha de este trabajo, ya que se presentaron recursos de forma y fondo ante la Corte Suprema⁴⁵, y la causa se encuentra en tabla para su vista, cabe igualmente hacer algunos comentarios. La Corte de Apelaciones otorgó la compensación económica en consideración a que la solicitante no realizó actividad remunerada durante 18 años por dedicarse a la crianza de los hijos; pero de su razonamiento surgen innumerables dudas: ¿habrá que considerar la edad de los hijos?, ¿es lo mismo dedicarse al cuidado de infantes que al cuidado de menores adultos?, ¿en ambos casos queda impedido trabajar?, ¿podía y quería trabajar?, ¿por qué 24 millones de pesos?, ¿cómo la Corte llega a esa cifra? Además, cabe considerar que no se otorgó cuotas para el pago, esto es, se fijó la compensación económica en exactamente 20 veces el ingreso mensual del condenado, lo que llama la atención; ¿consideró la Corte la totalidad del patrimonio del condenado para llegar a esa convicción?, ¿podrá producirse la situación contraria, esto es, que el cónyuge más débil, luego del pago de la compensación económica pase a ser el más fuerte? Sin perjuicio de lo señalado, este fallo es un buen reflejo de lo que señaláramos en la primera parte de este trabajo, que no existe

pensado con los exiguos ingresos que le proporciona el arrendamiento de dos vehículos a la Compañía de Teléfonos de Chile. 5.- Que por lo dicho estos jueces estiman procedente la compensación económica demandada en la reconvenición y en lo decisorio se determinará su quantum y la forma de pago. Por lo razonado y lo dispuesto en los artículos 61, 62, 64 y 65 de la Ley N° 19.947 y artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia en alzada en cuanto no dio lugar a la demanda reconvenional de fojas 47 y en su lugar se declara: a) Que se hace lugar a la compensación solicitada y se fija en la suma de \$24.000.000.- (veinticuatro millones). b) Que no se condena en costas a la demandada reconvenional por haber tenido motivo plausible para litigar. Se confirma, en lo demás, la mencionada sentencia. Redacción del Abogado Integrante señor Oscar Herrera Valdivia”.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, rol 2234-06. Puede revisarse el desarrollo de este recurso en el sitio www.poderjudicial.cl.

mayor preocupación ni doctrinal ni jurisprudencial por la fundamentación y determinación de la cuantía de la compensación económica.

7. Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 137-05, sentencia de fecha 24 de marzo de 2006⁴⁶, “Larraín con Morales”: confirma la sentencia del Juzgado Civil de Antofagasta, de fecha 23 de noviembre de 2005, que condena al demandado reconventional al pago de una compensación económica por la suma de 60 millones de pesos, tomando como base la pensión de alimentos que pagaba el demandado ascendente a \$530.000, fijada en 1998; compensación económica que debe pagarse en cuotas mensuales de \$600.000; lo que implica que durante 100 meses la demandante seguirá recibiendo una suma mensual de su ex cónyuge, no ya como pensión de alimentos, sino como compensación económica.

Llama la atención en esta sentencia de primera instancia confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que no se realice ningún razonamiento referente a cuánto fue el menoscabo económico de la demandante, producto de no poder dedicarse a actividades remuneradas en la forma que pudo y quiso, por tener que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar común, que son los supuestos del artículo 61 LMC., en relación al artículo 62 de la misma ley. ¿Por qué se calcula en 60 millones de pesos?, ¿cuáles fueron los cálculos para arribar a esa conclusión? En esta sentencia se estima nuevamente que, para la procedencia de la compensación económica, basta comprobar que el cónyuge no trabajó y que su situación patrimonial es menor que la de su cónyuge, transformándose en el cónyuge más débil, lo que hace procedente la compensación económica; por tanto, le concede un sentido asistencial, que queda de manifiesto al fijar una pensión durante 100 meses. ¿Y si en uno o dos años más el cónyuge beneficiario rehace su vida, se casa nuevamente y tiene una mejor situación patrimonial que el condenado al pago?⁴⁷ Por cierto, el deudor deberá seguir pagando la compensación económica, puesto que, en rigor, no es pensión de alimentos, no se podría pedir una nueva regulación de la

⁴⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 31 de noviembre de 2005, “Larraín con Morales”, Rol -2005, Ministro redactor Oscar Clavería Guzmán.

⁴⁷ El derecho español se hace cargo de esta situación en los artículos 100 y 101 del Código Civil español: “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”. 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 éste podrán solicitar del 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”.

misma. Así se desprende del considerando “Decimoséptimo: *Que, de esta forma, habiéndose producido el menoscabo económico para la demandante, al haberse dedicado al cuidado de su hijo y del hogar, y teniendo por objeto la compensación regular las consecuencias económicas perjudiciales que se producen para uno de los cónyuges, el más débil, una vez decretado el divorcio, considerando que el demandado se encuentra en una mejor situación que la actora, se dará lugar a la compensación económica solicitada*”.

En esta sentencia, los jueces de apelación se adscriben a la segunda de las opciones de interpretación que comenté en su oportunidad [opción ii)]⁴⁸, esto es, que una vez acreditado los supuestos del artículo 61 LMC. —con mi discrepancia en cuanto a que no se trata de un hecho objetivo que no necesite prueba—, el sentenciador fija la cuantía de la compensación económica desvinculándola de la pérdida de la chance laboral y centrada en el desequilibrio general que exista entre los cónyuges. Sin embargo, la sentencia va más allá: En mi opinión cruza la frontera hacia una opción que es rechazada por la doctrina unánimemente, como es la de establecer un carácter asistencial a la compensación económica, muy cercano al de pensión alimenticia, aunque se encubra con una denominación distinta y más novedosa, como lo es la “compensación económica”.

La Corte Suprema⁴⁹ conoció por vía casación en el fondo esta sentencia, causa rol 2147-05, sentencia de fecha 21 de junio de 2006; pero el recurso fue declarado inadmisibile, por estimarse impugnada la ponderación de la prueba —si la cónyuge demandante reconventional era más débil o no, y si realizó una actividad lucrativa o no—, lo que nos impide conocer la interpretación del Tribunal de Casación a los artículos 61 y 62 LMC. De persistir esta tendencia, como siempre hay una vinculación con hechos, se hará imposible conocer la opinión de la Corte Suprema sobre estas materias, salvo que se funde la casación en el fondo en una infracción a las normas reguladoras de la prueba; pero con la dificultad de que la prueba es apreciada conforme a las reglas de la sana crítica en estos casos.

8. Corte de Apelaciones de Arica, causa rol 157-2006⁵⁰, sentencia de fecha 6 de abril de 2006, “Aguilera con Rodríguez”: da cuenta de la necesidad de acreditar como procedencia de la compensación económica que el cónyuge solicitante “podía y quería” dedicarse a una actividad remunerada, al sostener: “*Que como se ve, la actora, si bien hace presente que durante el matrimonio se dedicó al exclusivo cuidado de los hijos y se preocupó de la*

⁴⁸ Véase la nota 11.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, “Larraín con Morales”, rol 2147-05, 21 de junio de 2006, en base de datos Lexisnexis www.lexisnexis.cl, sentencia N° 34.822.

⁵⁰ ZAVALA ORTIZ, José Luis - MONTESINOS FABIO, Carolina (editores) *Jurisprudencia sobre divorcio* (Santiago, 2006) pp. 139-141.

familia mientras su marido estudiaba, no hace ninguna referencia a que tuvo su intención de trabajar o estudiar como tampoco las oportunidades que se le habrían presentado o podría haber tenido en tal sentido, ni a los ingresos que producto de su trabajo pudo obtener; sino, más bien, asila su pretensión en su futura precaria situación de atención de salud, lo que obliga a confirmar el fallo de primer grado”, por lo que rechazó la demanda reconventional de compensación económica.

La Corte de Arica, en este caso, discrepa de la posición que ha adoptado la Corte de Antofagasta y parte de la doctrina⁵¹, en cuanto a que basta el hecho objetivo de no haber trabajado o haberlo hecho en menor medida por cuidar de los hijos y el hogar común, adscribiéndose a la postura, que comparto a la luz del texto del artículo 61, que exige probar los supuestos subjetivos de “poder y querer” trabajar, habiendo quedado ello impedido, o solo permitido con menor intensidad.

9. Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 120-2006⁵², sentencia de

⁵¹ Por ejemplo, el profesor Carlos Pizarro Wilson, *La compensación económica*, cit. (n. 26).

⁵² Corte de Apelaciones de Antofagasta, “Saldías con Araya”, rol 120-06. 13 de abril de 2006, Ministro redactor: Oscar Clavería Guzmán: “2º [...] Se trata, pues, de una norma que tiende a compensar económicamente una situación injusta que se produce como consecuencia de que uno de los cónyuges no se haya desarrollado individualmente como persona, en la medida que le permita obtener una especialización que le haya brindado permanentemente una actividad remunerada que constituye la base de los beneficios previsionales y de salud para toda la vida, ya que el divorcio implica la desvinculación de los cónyuges y, por lo tanto, finaliza la colaboración mutua, quedando el cónyuge que ha entregado enteramente su actividad a la familia, en los términos señalados, en la más completa indefensión para realizar actividades lucrativas, más aún en un país subdesarrollado que no posee una política integral de pleno empleo o seguridad social y en el que los salarios de los trabajos menores, en su mayoría, no alcanza para satisfacer las necesidades mínimas de alimentación, vestuario y movilización. Por ello, analizando los antecedentes de acuerdo a la sana crítica, ha quedado acreditado el supuesto fáctico, pues las partes están contestes que la cónyuge solicitante de la compensación económica, se dedicó permanentemente al cuidado de su hija y a las labores propias del hogar común, por lo tanto, cumple las dos exigencias del artículo 61 de la ley, y el menoscabo económico surge indefectible y lógicamente, pues ninguna mujer que carezca de profesión o de habilidades especiales puede obtener una actividad remunerada respecto de un cónyuge de salarios menores, criando hijos y dedicándose a las labores del hogar. Incluso, ello implica un impedimento real para los oficios calificados, porque a los cincuenta años de edad (nació el 6 de agosto de 1955, según certificado de fojas 1), resulta casi imposible obtener un empleo remunerado sin haber tenido experiencia laboral. Sobre este aspecto cabe mencionar que no influye la afirmación del demandado reconventional en el sentido de que la cónyuge no quiso trabajar, porque la decisión de dedicarse al cuidado de la hija y a las labores propias del hogar común, de acuerdo a la experiencia, según los niveles de remuneración existente, no sólo es válida sino recoge las ventajas comparativas, en cuanto a los gastos en que se incurre por la ausencia

fecha 13 de abril de 2006, “Saldías con Araya”. En este caso se trata de una mujer de 51 años de edad, que se ha dedicado al cuidado de una hija y del hogar común. Este fallo es interesante por cuanto realiza y toma posición respecto de varios aspectos: No es relevante si la mujer quiso o no quiso trabajar, lo que ya pasa a ser una tendencia en los fallos de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, vulnerando en mi opinión el texto expreso del artículo 61 que dice “*podía y quería*”; lo que valida mi crítica respecto al hecho que tal como está redactada la norma actualmente, un cónyuge puede hacer cierto análisis económico y estimar que es mejor no trabajar durante el matrimonio para, en la eventualidad de un divorcio, tener derecho a compensación económica. La Corte reconoce y valida esta forma de pensar, al expresar: “*Sobre este aspecto cabe mencionar que no influye la afirmación del demandado reconvencional en el sentido de que la cónyuge no quiso trabajar, porque la decisión de dedicarse al cuidado de la hija y a las labores propias del hogar común, de acuerdo a la experiencia, según los niveles de remuneración existente, no sólo es válida sino recoge las ventajas comparativas, en cuanto a los gastos en que se incurre por la ausencia de la madre en el hogar y lo que ésta pudiera obtener desarrollando el oficio de peluquera*

de la madre en el hogar y lo que ésta pudiera obtener desarrollando el oficio de peluquera que no se ha discutido en la causa, es decir, no influye en la compensación económica la decisión de no trabajar para obtener remuneraciones mínimas y dedicarse a los cuidados de la hija y del hogar, con el objeto de permitir un mejor desarrollo integral. 4º Que de acuerdo al razonamiento efectuado, no cabe sino establecer el derecho de la cónyuge Teresa Araya Zamorano a la compensación económica en los términos del artículo 61 de la Ley de Familia y para determinar su cuantía, deberá considerarse la duración del matrimonio, la situación patrimonial de ambos y buena fe de ambos, la edad y el estado de salud del cónyuge demandado reconvencionalmente, especialmente su situación en materia de beneficios previsionales, estimándose que la suma de sesenta ingresos mínimos mensuales remuneracionales, representan una suma suficiente que compensa económicamente el menoscabo que sufrió la cónyuge como consecuencia de entregarse por completo a los cuidados de su hija y a las labores propias del hogar común, ya que se ha considerado la deuda que aún se mantiene con una entidad financiera, respecto de la cual ella es deudora hipotecaria en calidad de aval. Que para arribar a la conclusión precedente, también se ha tenido presente la historia fidedigna de la ley, en la medida que el informe de la comisión mixta, a propósito de la indicaciones 175 y 183, consagró claramente que para acordar la indemnización, debe establecerse un aporte equivalente a la colaboración que ha efectuado el cónyuge que se ha dedicado al hogar e incluso estimó que no procedía la misma cuando cada uno de ellos durante el matrimonio desarrolló actividades similares o se encontraron en igualdad de condiciones, cuyo no es el caso. En el fondo la compensación económica surge por el hecho de que uno de los cónyuges se ha dedicado exclusivamente a obligaciones comunes, relacionados con el cuidado del hogar y la crianza de los hijos y a consecuencia de ello, lógicamente, se han perdido las destrezas o habilidades requeridas en el mercado laboral para obtener un empleo o un oficio remunerado”.

que no se ha discutido en la causa, es decir, no influye en la compensación económica la decisión de no trabajar para obtener remuneraciones mínimas y dedicarse a los cuidados de la hija y del hogar, con el objeto de permitir un mejor desarrollo integral”.

La sentencia se pronuncia igualmente sobre la vida futura de los ex cónyuges: *“Que si bien la ley requiere proteger al cónyuge más débil, también debe dejarse sentado que las personas divorciadas tienen el derecho de rehacer su vida y mirar hacia el futuro con la idea de que se ha resuelto definitivamente una unión que no prosperó, dejando a la sensibilidad y afectividad de cada uno de ellos, la calidad o intensidad de los lazos familiares, sin que al Derecho le sea lícito entrometerse, de tal manera que, desde este punto de vista, las pensiones vitalicias o de alimentos pugnan con el divorcio y sólo deberá establecerse en casos extremos de cónyuges desvalidos que no tengan posibilidad de ejercer el derechos de alimentos en otras personas, especialmente los hijos que fueron objeto de su esfuerzo personal en la crianza y cuidado”.* Comparto plenamente el razonamiento expresado; pero, a renglón seguido, la Corte condena al demandado reconventional a *“sesenta ingresos mínimos mensuales fijados para efectos remuneracionales, a razón de uno mensual a contar de la fecha que quede ejecutoriada esta sentencia”*; es decir y como se puede apreciar, si bien no es vitalicia la compensación económica fijada, su forma de pago responde claramente a la arraigada mentalidad asistencial, que, una vez más, se impone.

Por último, esta sentencia es notable por el análisis socio-económico nacional y toma de posición que realiza en materia de política económica, al expresar: *“ya que el divorcio implica la desvinculación de los cónyuges y, por lo tanto, finaliza la colaboración mutua, quedando el cónyuge que ha entregado enteramente su actividad a la familia, en los términos señalados, en la más completa indefensión para realizar actividades lucrativas; más aún en un país subdesarrollado que no posee una política integral de pleno empleo o seguridad social y en el que los salarios de los trabajos menores, en su mayoría, no alcanza para satisfacer las necesidades mínimas de alimentación, vestuario y movilización”*⁵³. Sin perjuicio de lo destacable de la sentencia al intentar realizar una apreciación de la realidad socioeconómica nacional, por más

⁵³ Como podemos apreciar, el fallo realiza una crítica social y de política económica, relativa a la ausencia de una política de pleno empleo, y aunque escape a los objetivos de este trabajo, y como opinión personal, la Corte tiene razón en cuanto a que no se privilegia macroeconómicamente el pleno empleo, ya que constitucionalmente se privilegia la política monetaria y dentro de ella la estabilidad de la moneda. Ver GUERRERO BECAR, José Luis, *La libertad para desarrollar actividades económicas del artículo 19 N° 21 y la Constitución Económica*, en *Revista Persona y Sociedad*, IV, 3 (Santiago, 2000), pp. 141-156.

que sea debatible el predicamento de catalogar a nuestro país sin más como subdesarrollado, ello mismo implicaría que siempre deberá otorgarse la compensación económica, atendido que se parte de la base de la imposibilidad de encontrar empleo luego de la desvinculación matrimonial, no basado en apreciaciones personales de la beneficiaria, sino del contexto socio-económico nacional, algo que por cierto no puede imputarse ni hacerse cargo el cónyuge deudor, y que vale para todos.

10. Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1603-2005⁵⁴, sentencia de fecha 16 de mayo de 2006, “Reinoso con Guzmán”, declaró: *“Para que la compensación proceda, pues, es menester que el cónyuge beneficiario, por causa del matrimonio, se haya visto impedido o limitado respecto del ejercicio de una actividad remunerada, cual no es el caso de autos, puesto que consta de la prueba de autos aún de la testimonial de la propia peticionaria, que la mujer desarrolló siempre, y sigue desarrollando, una actividad comercial independiente. Que esa actividad sea o no menor, es otra cosa, y no consta tampoco mayormente su envergadura ni menos que dada la situación social y económica de ambos cónyuges, y en particular que dados los conocimientos, recursos o preparación de la mujer, ésta hubiera estado en condiciones de desempeñar otra actividad más lucrativa y que se viera impedida de ello por razón del matrimonio o del cuidado de los hijos. Luego, no consta que en autos se hayan cumplido los presupuestos básicos para acordar la compensación pedida, como consecuencia de lo cual, la reconvencción deberá ser rechazada”*.

Esta sentencia aplica un criterio restrictivo para la determinación de la compensación económica, que, como ha sido antes comentado, es una postura legítima y sostenible a la luz de la redacción del artículo 61 LMC., salvo en aquello que menciona la sentencia, de no ser relevante si la actividad lucrativa que se desarrolló sea menor o no, ya que la ley precisamente contempla la posibilidad de trabajar en menor medida de lo que se podía y quería; a menos que la sentencia haya querido referirse a que la actividad sea más o menos lucrativa, que me imagino es el correcto sentido de la idea expresada en la sentencia.

Esta sentencia contrasta con la que revisamos de la Corte de La Serena (sentencia número 2), en que la demandante no quiso trabajar pudiendo hacerlo, y se le otorgó el derecho a compensación económica. Por lo anterior, no creo que sea criticable el fallo de la Corte de Rancagua que analizamos; por el contrario, nos debe llamar la atención en cuanto a revisar la actual redacción y el sentido y alcance de los artículos 61 y 62, porque, en su estado actual, efectivamente se excluye de la compensación

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua, “Reinoso con Guzmán”, 16 de mayo de 2006, rol N° 1603-2005.

económica a aquel cónyuge, normalmente mujer, que con su esfuerzo trabajó en iguales condiciones que su marido, y que, además, con una mayor intensidad, debe preocuparse de sus hijos y del hogar común. Esta mujer, madre, cónyuge y trabajadora, estereotipo que las políticas públicas tratan de impulsar, en este escenario se ve discriminada absolutamente frente a aquellas mujeres que sólo se dedican al rol de madres y a las labores del hogar. El desequilibrio económico igualmente puede existir al momento del divorcio, aun cuando las perspectivas de reinserción hacia el futuro favorezcan a quien ha estado inserto en el mercado laboral; pero ¿la doctrina no nos explicaba que la compensación económica tiene su causa en el matrimonio, ya sea como daño, enriquecimiento sin causa o pérdida de chance laboral; y que, por tanto, el menoscabo se produce durante el matrimonio, de modo que la compensación en ningún caso es asistencial? Entonces, ¿por qué la mujer trabajadora se ve discriminada por una mirada hacia el futuro en que puede desenvolverse más autónomamente gracias a su esfuerzo previo, y se olvida que igualmente puede existir un desequilibrio o un enriquecimiento del cónyuge que no se dedicó con igual intensidad a la crianza de los hijos y el hogar común? La doctrina aún no nos entrega una respuesta a este supuesto de la cónyuge que trabaja en “doble jornada”, salvo aquella que sostiene que, producto del daño, quedarían siempre subsistentes las acciones generales indemnizatorias⁵⁵.

11. Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 225-2006⁵⁶, sentencia de fecha 31 de mayo de 2006, “Guerra con González”: recoge la postura del profesor Tapia Rodríguez, que antes enunciamos al referirnos a la naturaleza jurídica de la institución⁵⁷: *“Que el profesor de Derecho civil de la Universidad de Chile, don Mauricio Tapia Rodríguez, sostiene que la compensación económica es funcional a las formas de relación de la pareja o modelo de familia y a las diversas realidades que siguen a la ruptura, que en la especie se produjo hace varios años. Conforme a ello, en este caso, la compensación económica jugará una función asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en el tiempo y en entidad, teniendo en cuenta la edad similar de ambos, su salud y la situación patrimonial y previsional de cada uno, considerando que la cónyuge entregó su dedicación al hogar y a los hijos, no se reinsertó laboralmente al momento de la ruptura, y ahora, le será muy difícil hacerlo”, en consecuencia, se acoge la demanda reconventional de compensación económica debiendo el demandante pagarle por ese concepto la suma de nueve millones de pesos en sesenta cuotas de \$150.000 cada una”*.

⁵⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Compensación económica*, cit. (n.20) p.422.

⁵⁶ ZAVALA ORTIZ, José Luis - MONTESINOS FABIO, Carolina, *Jurisprudencia sobre divorcio*, cit. (n. 50) pp.124-128.

⁵⁷ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *La compensación económica*, cit. (n. 6).

Lo destacable de esta sentencia, se comparta o no, es su sinceridad para otorgar a la compensación económica una función asistencial, que es lo que la doctrina precisamente estima no es la compensación económica, tal como fue definida por nuestro legislador. Sin perjuicio de ello, aventuro reflexionar que son precisamente los tribunales los que están en contacto directo con los hechos con mucha más intensidad que los legisladores, y que el mundo académico muchas veces pierde la perspectiva al centrarse en la dogmático con absoluta desvinculación de la práctica. Si tan reiteradamente los tribunales otorgan a la compensación económica un carácter asistencial que el legislador y la doctrina no le otorgan, ¿no será una luz de alerta para revisar la institución y adecuarla a lo que nuestra realidad jurídica espera de la compensación económica?

12. Por último, en esta revisión del estado de la jurisprudencia sobre la institución de la compensación económica, examinemos Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 529-06⁵⁸, sentencia de fecha 20 de junio de 2006,

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Rancagua, 20 de junio de 2006, “Villegas con Gangas” Rol 529-06 “1º) Que la compensación económica demandada en autos por vía reconvenicional corresponde a una institución de derecho matrimonial introducida por la Ley N° 19.947; y tiene por objeto resarcir al cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, del menoscabo económico sufrido como consecuencia de no haberse dedicado a una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida (artículo 61). De esta forma, no es efectivo como lo sostenía la juez del grado- que tenga un carácter asistencial, sino que con toda evidencia el objetivo por el legislador es de un contenido netamente indemnizatorio, por lo que no son los factores de indigencia y dignidad los que deben ser resguardados, sino aquellos establecidos en el artículo 62 de la citada Ley. 3º) Que sentada del modo anterior la procedencia de la compensación, queda por ponderar su entidad a la luz de los criterios aludidos en el artículo 62 de la ley matrimonial y de otros que pudieran aportarse en la especie. Al efecto, no resulta debatido que la duración efectiva del matrimonio alcanzó a 16 años; que la actora reconvenicional mantuvo durante su latencia y también posteriormente, un claro y profundo compromiso efectivo, como lo delata la dedicación empleada en la atención de los hijos de su cónyuge; que el demandado reconvenicional ha podido sufragar sin problemas una pensión alimenticia de \$139.234 (fs.39); que la mujer sufre de un cáncer de colon (certificado inobjeto de fs. 28). Un elemento de juicio poderoso en el caso sub lite es la edad de la mujer al momento de la disolución del vínculo matrimonial, 61 años, que obviamente le dificultan el acceso al mercado laboral femenino. Naturalmente, del otro lado, la edad, dificultades de salud y facultades económicas del demandante principal, impiden asimismo conceder una compensación como la que solicitaba originalmente aquélla. 4º) Que en consecuencia y teniéndose en cuenta todos los factores que antes se han mencionado, esta Corte estima del caso regular la compensación debatida en una suma de dinero solucionable en cuotas, en que el no pago de una de ellas haga exigible el total, lo que se hace en la suma total y única de 993,6 Unidades de Fomento (equivalentes a la fecha de este fallo a \$18.023.218), que podrán ser sufragada en 180 cuotas mensuales iguales de 5,52 Unidades de Fomento (\$100.128,9 a esta data), a contar del mes siguiente a la fecha en que esta sentencia resulte ejecutoriada”, en www.poderjudicial.cl.

“Villegas con Gangas”: revoca la sentencia de primera instancia y fija una compensación económica de \$18.000.000 pagaderos en cuotas de 180 cuotas mensuales de \$100.000 (en unidades de fomento). El caso se trató de una cónyuge que se había dedicado al cuidado del hogar, contaba con 61 años de edad y se encontraba enferma de cáncer de colón. La sentencia hace un adecuado análisis de los criterios establecidos en el artículo 62 LMC., consistentes en la edad, el estado de salud, el sexo femenino y la dificultad de acceso al mercado laboral; e igualmente considera como elemento que el marido ha sufragado sin problemas una pensión de alimentos de \$130.000 mensuales.

Si bien es cierto que la sentencia declara que la compensación económica no ofrece una connotación asistencial, sino indemnizatoria (considerando 1º), llama la atención la falta de razonamientos acerca cómo se determina la suma fijada; vale decir, aunque se justifican o mencionan los criterios, no se justifica la suma establecida. En este caso, perfectamente es posible presumir que al establecer cuotas de \$100.000 mensuales, incluso menores que la pensión que el deudor pagaba al momento del divorcio, se está otorgando en los hechos una pensión de alimentos de \$100.000 mensuales por 15 años, considerando la edad de la beneficiaria y su estado de salud, hasta los 76 años de edad. Una vez más al momento de cuantificar, volvemos a la mentalidad asistencial.

IV. RESULTADOS O HALLAZGOS

1. Se identifican dos tendencias en la jurisprudencia para determinar la procedencia de la compensación económica. Una, la mayoritaria, examina si el cónyuge solicitante no desarrolló actividades lucrativas o si lo hizo en menor medida, con una mirada objetiva, no importando si podía y quería trabajar, si fue una decisión unilateral, convenida u obligada; y otra, la minoritaria y que comparto por ser conforme al texto del artículo 61 LMC., analiza los elementos subjetivos que contiene ese artículo; vale decir, revisa si se podía y quería trabajar, sin haber podido hacerlo por dedicación al cuidado de los hijos y al hogar común; en esta última hipótesis, por tanto, se requiere probar los supuestos de procedencia en su componente objetivo y subjetivo.

2. Una vez determinada la procedencia de la compensación económica, en todos los casos revisados, cualquiera sea la posición que se adoptó para establecer su procedencia, al momento de fijar la cuantía se desvincula el análisis de los supuestos de procedencia y se pasa al análisis de los criterios del artículo 62 LMC., sin considerar la evaluación del costo de oportunidad laboral perdido.

3. Al momento de establecerse un monto para la compensación econó-

mica, se utiliza como parámetro una visión asistencial muy cercana a una la pensión de alimentos, o derechamente coincidente con ella. Asimismo, la compensación económica normalmente se fija en cuotas, no en vista a la situación patrimonial del deudor, sino en función del cónyuge beneficiado, como una subsistencia mensual por un determinado período de tiempo.

4. En ningún caso se justifica o fundamenta cómo se arriba a una determinada cifra, salvo las sentencias que se remiten derechamente al monto de la pensión de alimentos que existía en forma previa al divorcio. En mi opinión, más allá del mandato legal del artículo 64 LMC., que permite al juez determinar el monto de la compensación económica, si ésta determinación no se justifica, ni se razona y fundamenta el proceso mental o económico que se tuvo en cuenta para arribar a la cifra final, eso implica una discrecionalidad o derechamente arbitrariedad al momento de fijar la cuantía de la compensación económica en sentido favorable o perjudicial al solicitante.

Más preocupante es la falta de fundamentación numérica para arribar a la cuantía, cuando la Corte Suprema ha estimado en los pocos casos de compensación económica que ha conocido hasta ahora, que la casación en el fondo es inadmisibile, atendido que se estaría impugnando la apreciación de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, a cargo exclusivo de los jueces de instancia. Sin embargo, creo que la falta de fundamentación de los fallos (contra lo exigido por artículo 170 CPC.) podría ser una vía por la cual la Corte Suprema podría entrar a conocer de la procedencia y cuantía de la compensación económica.

5. En mi opinión, no basta repetir en la sentencia los criterios o el tenor del artículo 62 LMC. para fundar la compensación económica, sino que deben vincularse los criterios o parámetros allí señalados con el caso concreto, y menester es justificar en la sentencia cómo éstos actúan específicamente, para arribar a un determinado monto de compensación económica. Por ejemplo, cuando se recurre a la situación previsional, habrá que indagar cuáles son las cotizaciones que se dejó de pagar y cuyo no pago impide acceder a una pensión. Una prueba semejante está prevista, por ejemplo, en el derecho alemán⁵⁹.

6. Al parecer, los jueces, al momento de cuantificar la compensación económica, han seguido el criterio planteado en la discusión parlamentaria por la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, Sra. Cecilia Pérez, quien, para justificar la asimilación de la compensación económica a los alimentos para los efectos del cobro, expresó: "*Sin duda es una figura*

⁵⁹ Véase VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, cit. (n. 22) p.249.

*híbrida, pero a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución*⁶⁰. Parece ser que para establecer el monto de la compensación económica, los jueces realizan el ejercicio de fijar una pensión mensual por un determinado tiempo –o sea, en cuotas– y después retrotraen el total a un valor presente, que es el monto total de la compensación económica. Es decir, el cálculo se hace en forma inversa: se determina una pensión mensual y se fija el tiempo, y luego se multiplican ambos factores, con lo que sea arriba al monto de la compensación económica, en circunstancias que la lógica del artículo 64 LMC. es distinta: ella pide fijar la cuantía de la compensación económica, que, si no es posible de un pago inmediato por el demandado, atendidos su monto y su capacidad económica, sólo entonces queda autorizada su satisfacción en cuotas reajustable.

7. Como he señalado, salvo pocas excepciones, la mayoría de las sentencias tienen una connotación asistencial muy cercana a la pensión de alimentos o pensión compensatoria y cabe preguntarse si no hubiera sido mejor y más propio de nuestra cultura jurídica y social nacional, haber establecido, como lo hizo el proyecto original y lo hace el Derecho español, una prestación única o una pensión compensatoria limitada en el tiempo, o de carácter indefinido, revisable si cambian las circunstancias⁶¹; o bien, un abanico de posibilidades dependiendo de la relación que exista entre las partes. Lo curioso es que la aplicación práctica de la norma ha demostrado, a lo menos hasta ahora, que ella se acerca más que a una aplicación estricta del artículo 61 LMC., al original artículo 38 propuesto en el mensaje del Ejecutivo⁶², que sin más se refería a la mantención del cónyuge más débil y hablaba de la fijación de un monto o de una pensión compensatoria por el periodo máximo de 5 años, como una de las alternativas,

8. La aplicación estricta del artículo 61 LMC., lleva necesariamente a asumir un vacío del legislador, ya que dicha norma no da respuesta a una hipótesis que será mayoritaria en los próximos años y es propia de los matrimonios menores de 40 años, esto es, que la mujer contribuye al

⁶⁰ *Boletín* 1759-18, cit. (n.5) p. 197: “La Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Pérez, informó que en el derecho comparado, especialmente en España y Francia, se ha discutido el mismo tema, y también se hace referencia a los alimentos para los efectos de su cobro. Sin duda es una figura híbrida, pero que a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución y por esa razón se sugiere asimilarla a los alimentos, no sólo por la posibilidad de solicitar el arresto nocturno del infractor ante el incumplimiento, sino también por el procedimiento ejecutivo simplificado para su cobranza. 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”.

⁶¹ Artículos 97, 100 y 101 del *Código Civil* español.

⁶² Véase la nota 23.

hogar no solo criando a los hijos y preocupándose de los hijos comunes, sino también trabajando y velando por su desarrollo profesional. Si esta cónyuge que trabaja en “doble jornada” o “dentro y fuera del hogar” tiene ingresos mensuales inferiores a su cónyuge y ha continuado trabajando, no obstante existir un desequilibrio al momento del divorcio cuando se analiza la situación patrimonial global, simplemente no tendrá derecho a compensación económica; y, por el contrario, sí lo tendrá aquella cónyuge que decidió no trabajar fuera del hogar, incluso sin necesidad de probar si quería y podía trabajar, conforme con la tendencia de algunos tribunales y doctrina, por lo que parece que el legislador valora en mayor medida el esfuerzo de la cónyuge que trabaja dentro del hogar o es dueña de casa, que la madre que trabaja fuera del hogar, pero sin descuidar a sus hijos ni a su hogar, lo que en casos de desequilibrio manifiesto de ingresos entre los cónyuges, haría carecer de sentido trabajar fuera, tal como nos advierte y acepta la Corte de Antofagasta (sentencia N° 9), con lo que la visión moderna de género retrocede al siglo veinte y aún antes.

V. COMENTARIOS FINALES

La compensación económica, tal como está redactada en los artículos 61 y 62 LMC., no da respuesta a todos los supuestos de desequilibrio producto de la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado de los hijos y hogar común, postergando más que su otro cónyuge su desarrollo profesional o realizándolo con un mayor sacrificio personal y emocional⁶³. El caso es el de miles de mujeres hoy en Chile. Si se lo vincula, además, con el hecho de que estadísticamente las remuneraciones de las mujeres son inferiores a las de los hombres, el esfuerzo de ser madre, trabajadora e igualmente preocupada del hogar y de los hijos comunes, ante un marido que cuente con mayores ingresos y prefiera su actividad profesional, conforme con la solución adoptada por el legislador nacional en el artículo 61 LMC., la mujer no será beneficiaria de compensación económica, ya que continuó desempeñando su actividad profesional tanto como podía y quería, a pesar del esfuerzo adicional. Sin embargo, si hubiese dejado de lado su carrera

⁶³ Un ejemplo emotivo lo encontré casualmente revisando un “blog”: “Tuesday, January 03, 2006 ¡Qué tristeza! Hijitos míos: qué duro es irse a trabajar cuando están ustedes despiertos. Nicolás, mi hijo mayor, me mira con sus ojitos dulces, y con carita medio tristonza me dice bajito: “por favor, no te vayas mamita: quédate conmigo a jugar, ¿ya?”. No importa cuánto le explique, la verdad para él igualmente es algo fuerte. Mi hijo menor, Martín, cuando sabe que lo voy a dejar en manos de mi nana, me abraza muy, muy fuerte, y se cuelga, literalmente, de mis brazos, como un monito, y no me suelta. Cuando tiene que soltarme, se pone a llorar, dolorosamente. En fin”: <http://www.mifamilialinda.blogspot.com/> visitado 20 de octubre de 2006.

profesional, ese esfuerzo respecto a sus hijos y hogar común sí le sería compensado. De haberse optado por la solución original del artículo 38 del proyecto de ley, o bien, por el artículo 97 del *Código Civil* español, este supuesto estaría comprendido en la compensación económica.

No debe existir temor a revisar el sentido y alcance de la compensación económica, no obstante su corta vida en el derecho nacional; ni, si es necesario, a modificar la normativa que precisamente por ser novel ha de estar sujeta a adecuaciones. Creo que podría conferirse una función más amplia a la compensación económica, si se eliminan los supuestos de procedencia que establece el artículo 61 LMC., y sólo se la funda en la existencia de un desequilibrio económico producto del divorcio, aceptando, por ejemplo, la teoría de, entre otros, el profesor Pizarro Wilson acerca del enriquecimiento a expensas de otro, que permitirá contener aquellos casos del actual artículo 61 referidos al costo de oportunidad laboral; o bien, optando por la solución española del artículo 97 de su *Código Civil*. Igualmente, el artículo 62 LMC., debiera quedar restringido a la determinación de la cuantía del menoscabo económico por reparar, con una dicción que sonara aproximadamente así: “Para determinar la procedencia y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente [...]”⁶⁴.

De conservarse los supuestos actuales de procedencia de la compensación económica, el legislador igualmente debería incorporar en el artículo 61 LMC., la hipótesis de la mujer trabajadora y precisar con mayor detención las bases de cálculo para aplicar los criterios del artículo 62 LMC [tema del cual espero ocuparme en el futuro cercano], considerando además la ampliación de las modalidades de pago, y derechamente no olvidar que nuestra cultura jurídica tiene muy arraigada la visión asistencial.

Todo lo señalado en estos últimos párrafos son reflexiones que escapa al objetivo inicial de este trabajo, el cual pretendió concentrarse en dar una mirada al estado actual de la jurisprudencia en materia de compensación económica para identificar elementos de revisión que hemos mencionado a lo largo de este trabajo. Sin embargo, estas reflexiones finales, que

⁶⁴ Por ejemplo, el artículo 97 inciso 2º del *Código Civil* español, dispone: “A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

pueden ser absolutamente debatibles y que, estoy cierto, lo serán por lo especialistas, no tiene más pretensión que ser elementos de discusión que permitan desde una mirada de otras disciplinas jurídicas como es el Derecho económico, aportar al estudio de la institución de la compensación económica y concordar en el futuro cercano en su sentido, alcance, criterios de determinación y de cuantificación, que otorguen certezas a las partes. No hacerlo, puede provocar un efecto no deseado de la compensación económica⁶⁵, esto es, que se transforme en el elemento central por evaluar en función de adoptar la decisión de divorciarse, primando por sobre consideraciones personales.

[Recibido el 2 de noviembre y aceptado el 6 de noviembre 2006].

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier - NOVALES ALQUEZAR, Aranzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno* (3ª edición, Santiago, LexisNexis, 2005).
- COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de matrimonio civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada* (Bogotá, 2004).
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *Compensación económica en la nueva Ley de matrimonio civil*, en serie "Seminario Colegio de Abogados de Chile" (Santiago, 2005).
- GUERRERO BECAR, José Luis, *La libertad para desarrollar actividades económicas del artículo 19 N° 21 y la Constitución Económica*, en *Revista Persona y Sociedad*, IV, 3 (Santiago, 2000).

⁶⁵ Riesgo que advierten TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *La compensación económica*, cit. (n. 6), quien, consultado sobre si "En su opinión, ¿se podría ocupar esta compensación económica como extorsión? contesta: "Lamentablemente sí, en caso en que se interprete erróneamente como una institución que consagra una especie de equilibrio matemático de patrimonios. Este es un gran error, porque la compensación económica tiene funciones distintas y porque esto conduciría a situaciones de injusticia. El riesgo en la actualidad es mayor porque existe un gran número de parejas que se han mantenido muchos años separadas en la espera de la ley de divorcio y el cónyuge que quiere acceder a éste puede ser víctima de presiones indebidas mediante la compensación económica, al solicitársele la división de un patrimonio que logró conseguir muchas veces luego de la separación y sin ninguna participación del otro cónyuge"; y PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Seminario nueva ley de matrimonio civil*, cit. (n. 28), p. 69: "La regla de los artículos 61 y 62 de prestaciones compensatorias procura corregir ese desequilibrio que, finalmente, es injusto -María se resigna al trabajo del hogar y Pedro adquiere un importante capital humano, por ejemplo un título profesional-. Se trata de una regla que intenta que Pedro comparta parte de su capital humano con María. Es una regla nada fácil y, que debo decirles seguramente, va a inhibir muchas peticiones de divorcio en Chile".

- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Seminario nueva Ley de matrimonio civil*, en serie “Charlas Colegio de Abogados de Chile” (Santiago, 2004).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *La compensación económica en la nueva Ley de matrimonio civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 3 (Santiago, 2004).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Francisco, *La compensación económica en la Ley de divorcio*, en *Semana Jurídica* 271 (Santiago, 2006).
- TURNER SAEZLER, Susan, *Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva Ley de matrimonio civil*, en *Revista de Derecho* 16 (Universidad Austral, Valdivia, 2004).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Compensación económica en la Ley de matrimonio civil*, en ADAME GODDARD, Jorge (coordinador), *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (México, UNAM., 2006).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación por menoscabo económico en la Ley de matrimonio civil*, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- ZAVALA ORTIZ, José Luis - MONTESINOS FABIO, Carolina (editores) *Jurisprudencia sobre divorcio* (Santiago, 2006).