



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

Corral Talciani, Hernán

La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial  
Revista Chilena de Derecho, vol. 34, núm. 1, enero-abril, 2007, pp. 23-40

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014515003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DIVORCIO Y LA NULIDAD MATRIMONIAL

HERNÁN CORRAL TALCIANI\*

**RESUMEN:** La compensación económica es una figura legal nueva en nuestro Derecho de Familia, incorporada por la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil. Se argumenta que las dificultades para elucidar la naturaleza jurídica de la nueva institución provienen de la confusión que introduce el divorcio vincular que, por un lado, desea extinguir los vínculos de solidaridad del matrimonio pero por otro lado intenta no perjudicar en demasiado al cónyuge que, confiando en la promesa de fidelidad matrimonial, invirtió sus energías humanas en sacar adelante la familia. Jurídicamente la compensación económica no es ni un supuesto de responsabilidad civil ni una obligación alimenticia y podría configurarse mejor como un tipo de indemnización por afectación legal de derechos (en este caso, la asistencia económica del estatuto matrimonial). El requisito esencial exigido por la ley es que uno de los cónyuges por causa del divorcio (o declaración de nulidad) sufra un menoscabo económico. Este menoscabo podrá devenir en la mayoría de los casos de la dedicación del cónyuge al hogar, pero en otros puede venir dado por la concurrencia de otros factores mencionados por la ley, que son analizados pormenorizadamente.

**Palabras clave:** divorcio, nulidad de matrimonio, compensación económica, cónyuge débil.

**ABSTRACT:** The economic compensation (*compensación económica*) is a new legal institution which has been introduced in Chilean Family Law by the *Ley N°19.947*, New Civil Marriage Act. This article argues that the difficulties to uncover the legal nature of this new institution arise from the confusion created by the so-called *divorcio vincular* (absolute divorce or divorce *a vinculo matrimonii*), which, on the one hand, aims at dissolving the links of support and help that are indeed proper to marriage, but, on the other hand, intents not to overly damage the spouse who believed in the promise of marital fidelity and devoted his or her energy to keep the family together. Legally speaking, the economic compensation constitutes neither an element of tort nor an alimony. It could be best understood as a type of damages that arise from the rights that are assigned by marriage (in this case, the economic support of marriage). The new Act mainly requires that the divorce (or the annulment) be the cause of an economic loss for one of the spouses. In most cases, such a loss will stem from the fact that the spouse stayed at home, but it can also derive from other factors which are mentioned in the Act and analyzed in this Article.

**Key words:** divorce, annulment of marriage, economic compensation, weak spouse.

### I. DE LA FUNCIÓN A LA NATURALEZA

Las prestaciones económicas que las leyes de divorcio suelen disponer para amainar los efectos de la disolución del vínculo son desde antiguo objeto de disputas y controversias doctrinales acerca de su verdadera naturaleza jurídica. Ya respecto del

---

\* Profesor de Derecho Civil. Universidad de los Andes.

Código Civil francés de 1804, que autorizó por primera vez el divorcio legal, se suscitaron opiniones diversas sobre este particular<sup>1</sup>. La discusión se mantiene en las legislaciones modernas que con distintas terminologías (prestación, pensión compensatoria, asignación de divorcio) mantienen esta figura legal.

Incluso en ordenamientos que parecieran haber zanjado expresamente la controversia, la cuestión vuelve a resurgir. En Argentina los arts. 207 y 217 del Código Civil, incorporados por la ley de divorcio 23.515 de 1985, señalan expresamente que se trata de “alimentos”. Pero parte de la doctrina sostiene que en verdad no lo son sino que se trata de un resarcimiento por los perjuicios derivados del divorcio para el cónyuge inocente<sup>2</sup>.

No debe sorprender, en consecuencia, que la “compensación económica” consagrada en los arts. 61 y siguientes de la Ley N° 19.947, de 2004, Nueva Ley de Matrimonio Civil<sup>3</sup>, esté ya siendo objeto de numerosas interpretaciones tanto doctrinales como judiciales que se presentan como discordantes, si no derechamente contradictorias.

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

Ante las dificultades que presenta la figura, quizá sea menester recurrir como criterio inicial a la función práctica para la cual fue diseñada. Pensar para qué se introdujo y el contexto social en el que se legisló. Antes de comenzar el examen de los textos normativos, convendría precisar, además, cuál fue el caso hipotético central que llevó a determinar la institución, dejando fuera del análisis otros supuestos a los cuales se extendió por razones diversas.

A nuestro juicio, si se examinan las actas de la discusión en el Senado, se llega claramente a la conclusión que uno es el caso central que los legisladores tuvieron en vista para instituir esta nueva figura legal: se trata de la mujer que, normalmente habiendo llevado el mayor peso de las responsabilidades de la familia, es objeto del divorcio por voluntad unilateral de su marido. La compensación económica resulta ser así un beneficio que la ley otorga a la mujer que se ha dedicado al hogar cuando su matrimonio es disuelto por voluntad del marido. La compensación económica aparece prevista como un paliativo a la crueldad que suele conllevar el divorcio por repudio: “objeto de horror para nuestras sociedades occidentales” en expresión de Carbonnier<sup>4</sup>.

Su función, por tanto, es servir de morigeración o paliativo del desamparo económico en que queda esta mujer que, confiando en la promesa matrimonial del marido, invirtió todos sus esfuerzos en sacar adelante la familia, y ahora ve que la ley

<sup>1</sup> Así, TOULLIER, AUBRY y RAU, RIPERT, JOSSERAND, y otros. Pueden verse citados en FANZOLATO (1991) pp. 38 y 39.

<sup>2</sup> FANZOLATO (1991) pp. 26 y ss.

<sup>3</sup> Los artículos que se citan sin indicar fuente son de este cuerpo legal.

<sup>4</sup> CARBONNIER (1975) chr. 119.

autoriza a que, sin su voluntad, le prive completamente del estatuto protector del matrimonio<sup>5</sup>.

De allí el nombre que podría desconcertar por su uso poco técnico<sup>6</sup>: se “compensa” en lo económico el retiro unilateral de los beneficios prometidos por el matrimonio, no en su integridad porque ello no es posible, pero sí en la medida en que permite mejorar la posición de la mujer.

Para efectos de guardar una cierta compostura y seguir los criterios políticamente correctos de no discriminación, se extiende el beneficio a cualquiera de los cónyuges y, además, se permite en teoría que incluso el cónyuge que pide el divorcio unilateral reclame para sí la compensación. Pero se trata de casos excéntricos, que raramente sucederán y que no fueron los determinantes en el ánimo de los legisladores.

Por razones de política legislativa se amplía el beneficio también a la nulidad matrimonial. Dos son los motivos que, aunque de inspiración diversa, coinciden en el resultado final: 1º) para evitar un incentivo a los juicios fraudulentos de nulidad que se podría suscitar si los demandantes buscaran por esta vía eludir el pago de la compensación; y 2º) para permitir que quienes por convicciones morales o religiosas piensan que el matrimonio es indisoluble puedan recurrir a la nulidad civil (por ejemplo después de haber obtenido la nulidad canónica), sin que se vean perjudicados en sus pretensiones patrimoniales. De lo contrario habría un incentivo para que estas parejas en vez de la nulidad persiguieran el divorcio.

Pero el caso central es el que hemos identificado antes: la mujer que se ha dedicado al hogar y que es abandonada por su marido con la autorización de la ley civil. Esta le pide a este que al menos “compense” en parte los beneficios económicos de los que se ve privada sin culpa alguna de su parte. De esta manera, el legislador pretende evitar que la generalización del divorcio se transforme en una de las principales causas de feminización de la pobreza<sup>7</sup>.

Si esta es la función, pensamos que la naturaleza jurídica de la compensación económica no es propiamente asistencial o alimenticia (porque el matrimonio se extingue y con ello el deber de socorro), ni tampoco una manifestación del enriquecimiento sin causa (si efectivamente lo hay podrá reclamarse por una acción autónoma), ni tam-

<sup>5</sup> En este sentido, la compensación es uno de los pocos límites que encuentra la libertad de demandar el divorcio unilateral acogido por la ley. Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005a) pp. 101-102.

<sup>6</sup> Señala así TURNER SAEZ (2004) p. 99, que desde una perspectiva formal la denominación es al menos vaga ya que la compensación no opera aquí ni en el sentido de modo de extinguir obligaciones como la trata el art. 1655 del Código Civil ni como comparación de patrimonios como se observa en la legislación española.

<sup>7</sup> Así lo reconoce VELOSO VALENZUELA (2006) p. 172, si bien piensa, alineándose con las posturas feministas e igualitaristas, que ello no puede ser razón para que el Estado intente evitar o disminuir los divorcios, sino únicamente para que adopte medidas a fin de que el costo económico del divorcio no recaiga solo en la mujer y en los niños. Lo cierto es que la experiencia internacional señala que todas estas medidas, entre las que se encuentran las pensiones postdivorcio, no surten el efecto deseado. Son muchos los estudios que así lo demuestran. Cfr. *Informe sobre el divorcio. La evidencia empírica internacional* (2002) pp. 67-71. En este estudio se cita, por ejemplo, el libro del estadounidense WEITZMAN (1985) p. xv: “El principal resultado económico de la revolución de la ley de divorcio es el sistemático empobrecimiento de la mujer y de sus hijos. Ellos se han convertido en los nuevos pobres”.

poco una forma de responsabilidad civil contractual objetivada por lucro cesante o pérdida de una chance (lo que también podrá ser objeto de una acción independiente en la que se podrán cobrar incluso perjuicios morales)<sup>8</sup>. La figura cae más bien en las llamadas en España indemnizaciones por sacrificio<sup>9</sup>, o lo que nosotros denominamos indemnizaciones por afectación lícita de derechos, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación o de imposición de servidumbres legales<sup>10</sup>.

## II. SUPUESTOS Y CRITERIOS

Los arts. 61 y 62 de la ley parecen tener finalidades diferentes. El primero determinaría los supuestos de hecho que deben concurrir para que se genere el derecho a compensación. El segundo brindaría pautas de orientación al juez para computar su cuantía<sup>11</sup>.

Pero la cuestión se enturbia cuando se advierte que las pautas indicadas en el art. 62 son también contempladas en la ley para “determinar la existencia del menoscabo económico” que es uno de los supuestos del artículo anterior<sup>12</sup>.

Proponemos aquí una interpretación que armonice ambos preceptos. El supuesto de hecho fundamental que exigen las normas es que un cónyuge por el hecho del divorcio sufra “menoscabo económico”. Se trata claramente de un daño, ya que esa es la inteligencia más clara y directa del vocablo “menoscabo”. No compartimos la posición de quienes, al parecer siguiendo los criterios de la legislación y jurisprudencia española, pretenden identificar el menoscabo con un “desequilibrio económico” entre los cónyuges de cara a la nueva vida que deben enfrentar después de la disolución del vínculo<sup>13</sup>.

Este menoscabo económico, en la mayor parte de los casos, será consecuencia de haberse dedicado el cónyuge beneficiario al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o haberlo hecho en una menor medida de lo que podía y quería. Por eso, la ley lo pone como ejemplo prototípico en el primer precepto: el art. 61.

<sup>8</sup> En nuestra primera aproximación a la figura en un comentario de primera hora decíamos que la compensación tenía naturaleza indemnizatoria y que se basaba en el esquema de la responsabilidad por lucro cesante: CORRAL TALCIANI (2004): pp. 266-267. Después de un mayor estudio precisamos que si bien tiene naturaleza indemnizatoria no es un supuesto de responsabilidad civil sino el de indemnización por afectación autorizada de derechos ajenos.

<sup>9</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO (1999) pp. 56-57.

<sup>10</sup> CORRAL TALCIANI (2003) pp. 62-63. Recoge esta idea aplicada a la compensación, VIDAL OLIVARES (2006) pp. 251-253.

<sup>11</sup> Es lo que parecen sostener los primeros estudios de la institución, incluido nuestro primer comentario que ahora rectificamos, CORRAL TALCIANI (2004) p. 266. Cfr. PIZARRO WILSON (2004) pp. 91 y 96; GÓMEZ DE LA TORRE (2005) p. 12. También en las obras generales dedicadas a comentar la Nueva Ley de Matrimonio Civil: BARRIENTOS GRANDON *et al.* (2004) pp. 427-428; COURT MURASSO (2004) pp. 95-96 y 98; ORREGO ACUÑA (2004a) pp. 129-130.

<sup>12</sup> Tratando de soslayar el texto claro de la norma se sostiene que “Para la existencia del menoscabo económico, el artículo 63 [sic] señala ciertos factores que deben considerarse, aunque estos tengan relación, más bien con la cuantía de la compensación” (PIZARRO WILSON, 2004, p. 96). No es eso lo que manda la ley, pues claramente ordena tomarlos en cuenta en las dos etapas: determinación de la existencia del beneficio y cuantificación de su monto.

<sup>13</sup> Así, VIDAL OLIVARES (2006) pp. 221-222; CUEVAS M. (2004) p. 75.

Pero bien puede ser que el menoscabo no se produzca por esta circunstancia típica y más frecuente (la dedicación de un cónyuge al hogar), sino por otras que no se mencionan en el art. 61, pero sí en el art. 62. Por ejemplo, si la mujer que pudo ejercer una profesión durante su matrimonio se ve privada de beneficios previsionales o de salud derivados del sistema al que pertenece el marido y por razones de edad o de salud no es previsible que pueda proporcionárselos a través de sus propias cotizaciones legales.

También puede suceder que no se dé el supuesto principal del art. 61 porque la mujer no trabajó, ya no porque se dedicó al hogar o a los hijos, sino sencillamente porque no pudo hacerlo al verse afectada por una enfermedad física o mental incapacitante. Si se observa la letra del precepto del art. 61, tendríamos que llegar a la conclusión de que esta mujer no tendría derecho a la compensación ya que ella no eligió voluntariamente no trabajar (faltaría la exigencia de que “podía y quería” de que habla la norma)<sup>14</sup>. En este caso, nuevamente los criterios del art. 62 pueden llevar al juez a determinar la existencia del menoscabo económico que autorizará la imposición de la compensación<sup>15</sup>.

Una sentencia que resuelve sobre la materia llega en la práctica a esta misma conclusión, pues determina que no consta en el proceso que la demandada haya sufrido menoscabo económico, ya que tenía trabajo estable en la Asociación de Seguridad como jefa de departamento, a lo que renunció voluntariamente, lo que no constituye un hecho imputable al marido. Sin embargo, señala que “el Tribunal estima que la demandada debe ser compensada en alguna medida y, por una suma prudencial, dado que la separación habida con su cónyuge en alguna manera la tiene que haber afectado moralmente”. Fija la compensación en \$ 12.000.000, pagaderos en cuotas mensuales de \$ 1.000.000 (Chillán, sentencia de 8 de agosto de 2005). No es correcto que se intente compensar

<sup>14</sup> Por seguir esta interpretación en nuestro primer comentario sostendemos que la compensación era un precio ínfimo para el costo del divorcio unilateral sufrido por la mujer, y que la mujer enferma que por esa razón no trabajaba ni se dedicaba al hogar quedaría en la indefensión, “si el legislador o la jurisprudencia no corrigen estos preceptos” (CORRAL TALCIANI, 2004, p. 267). Damos ahora una interpretación que, concordando con los textos, permitirá a los jueces evitar esos casos de injusticia notoria.

<sup>15</sup> Nuestra interpretación coincide, en parte, con la sostenida por TURNER SAEZ (2005) pp. 485 y ss., en cuanto a distinguir dos funciones de las circunstancias del art. 62: la de determinar la existencia de la compensación y la de cuantificar su monto. No obstante, la profesora Turner parece reducir la primera función de las circunstancias a la de neutralizar o limitar el efecto del menoscabo causado en virtud de la circunstancia típica del art. 61, es decir, la dedicación al hogar. Señala por eso que “no todo daño proveniente de la falta total o parcial de trabajo remunerado durante el matrimonio a causa del cuidado de los hijos o del hogar común, deberá ser compensado por el otro cónyuge. Lo será solo aquel que, según las circunstancias del art. 62 inc. 1º L.M.C., sea relevante. Por consiguiente, en este primer momento, las circunstancias son complementarias del art. 61 L.M.C., y desde este punto de vista lógico debieran entenderse incluidas en él” (p. 489). Nuevamente se advierte una interpretación influenciada más por normas extranjeras (la autora pone de manifiesto que el art. 97 del Código Civil español recoge mejor la idea que ella sustenta) que por el sentido y la función de los textos nacionales. No hay ningún indicio ni en la ley, ni en su historia, que se haya querido con la enumeración de circunstancias del art. 62 denegar o limitar la procedencia de la compensación económica prevista en el caso prototípico del art. 61. La intención en todo caso sería ampliar dicha procedencia añadiendo otros criterios por los cuales el juez puede llegar a la conclusión de que el menoscabo se ha efectivamente producido, a pesar de no haber ocurrido en la especie el trabajo hogareño de la mujer.

por esta vía perjuicios morales<sup>16</sup>. Lo que el sentenciador estaba buscando era compensar un menoscabo económico producido a la cónyuge, pero no por haberse dedicado al hogar y no haber podido trabajar, sino por la pérdida de los demás beneficios que conlleva el estatuto matrimonial. Debió sí haberlo justificado con alguno de los otros elementos indicados por la ley.

A la inversa, en principio, también podría darse el caso, es decir, que concurriera el supuesto principal del art. 61, pero que el juez llegara a la conclusión de que no se da el menoscabo económico exigido sobre la base de las pautas mencionadas en el art. 62. Podría la mujer tener un fuerte incremento patrimonial sobre la base de adquisiciones a título gratuito y quizás debería pensarse que el análisis del elemento “situación patrimonial de los cónyuges” podría llevar a descartar la compensación si el marido tiene menos bienes que la beneficiaria<sup>17</sup>. Debemos advertir, sin embargo, que es difícil que esto ocurra en la práctica. La omisión de una actividad remunerada o lucrativa le ha de haber repercutido nocivamente en su situación patrimonial, es decir, el menoscabo económico existirá, ya que es de presumir que de no haberse dedicado al hogar habría desempeñado una actividad remunerada o lucrativa<sup>18</sup>. Además, es incuestionable que el juez tendrá que considerar que, aun en ese caso, el trabajo hogareño de la mujer ha de ser estimado una colaboración prestada a las actividades lucrativas del otro cónyuge, que es el último de los elementos que ordena tomar en cuenta la ley en el art. 62 inc. 1º.

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

En la mayoría de los supuestos para determinar la existencia de este menoscabo, bastará acreditar que la mujer se ha dedicado al hogar en vez de al trabajo externo. Si esto no se acredita, el menoscabo se puede comprobar por la comparecencia de uno más de los criterios mencionados en la regla del primer inciso del art. 62.

¿Y podría el juez tener por determinado el menoscabo por algún criterio que no esté ni en el art. 61 ni en el art. 62? Ya hemos despejado que no consideramos esencial, sino solo prototípico, el supuesto del art. 61. El juez podría basarse en otro criterio que no fuera el tipo de dedicación que tuvo la mujer o el cónyuge más débil económicamente. Pero, en tal caso, ¿podría considerar un criterio que no esté tampoco mencionado en el art. 62? Nos parece que la respuesta a esta interrogante debe ser afirmativa. En efecto, según el mismo precepto, las pautas que se mencionan en él deberán considerarse por el juzgador “especialmente”. Esta expresión sugiere que la mención no es taxativa, sino

<sup>16</sup> La misma ley habla de menoscabo económico. Lo que no quita que no puedan reclamarse este tipo de daños por un acción de responsabilidad civil siguiendo las reglas generales. Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005) pp. 120-121.

<sup>17</sup> En este sentido TURNER SAELZER (2004) p. 100, cuando escribe que las circunstancias elencadas en el art. 62 de la ley “no solo cumplen una función de cuantificación del menoscabo, sino que condicionan su propia existencia”. Pensamos, sin embargo, que la condicionan tanto en sentido negativo (determinando su inexistencia a pesar de concurrir los supuestos de hecho del art. 61) como de manera positiva (determinando la existencia del menoscabo incluso cuando no concurren los supuestos fácticos del señalado art. 61).

<sup>18</sup> En contra VIDAL OLIVARES (2006) pp. 255-256, quien sostiene que no basta la dedicación y que debe probarse específicamente el menoscabo.

meramente ejemplar<sup>19</sup>. Por ello bien puede el juez considerar que existe un menoscabo económico derivado del divorcio que da derecho a la compensación sobre la base de otro elemento que no haya sido expresamente considerado por estas normas. Aquí cabe considerar los resultados del régimen económico del matrimonio (si es que no se le estima incluido en la mención de la situación patrimonial de los cónyuges) o la convivencia que haya precedido al matrimonio<sup>20</sup>.

También aquí habría que considerar los beneficios económicos de que la mujer se vio privada por el hecho de contraer matrimonio. Es sabido que existen beneficios previsionales que se pierden por el hecho de contraer matrimonio civil (antiguas pensiones para hijas solteras). Si habiendo perdido ese beneficio al casarse confiando en la conservación de por vida del matrimonio y de la obligación de alimentos entre cónyuges, una mujer se ve luego privada de este por voluntad unilateral del marido, es claro que habrá sufrido un perjuicio económico que debe serle compensado<sup>21</sup>.

Por último, pensamos que el juez puede tener en cuenta criterios no mencionados en la ley para constatar que el menoscabo económico no se ha producido y que por tanto no corresponde otorgar la compensación económica. Es lo que sucedería si es la misma mujer que se ha dedicado al hogar la que demanda unilateralmente el divorcio y pide para sí una compensación de las pérdidas que el mismo divorcio le producirá. En tal caso, bien podría el juez denegar la compensación ya que nadie puede aprovecharse de sus propios actos. Y si ella prefiere extinguir el efecto protector del matrimonio no puede pretender que se le compense por su pérdida. Cuestión distinta es si pide el divorcio por culpa del marido, porque en tal caso no puede decirse que ella extingue unilateralmente los beneficios del matrimonio.

### III. CUANTÍA Y CRITERIOS EN PARTICULAR

#### 1. LA CUANTÍA

Una vez determinada la existencia del menoscabo económico derivado de la terminación del matrimonio por divorcio, es necesario precisar la cuantía de la compensación, esto es, su monto en dinero. Deberá fijarse una suma global sin perjuicio de que después pueda decretarse su pago por entrega de bienes o constitución de derechos reales de goce en bienes de propiedad del deudor.

Pensamos que, en principio, la cuantía de la compensación económica debiera fijarse en función del perjuicio o menoscabo económico. Pero es difícil –por no decir imposible– que verdaderamente se puedan resarcir completamente todos los perjuicios patrimoniales que el cónyuge sufre por el desahucio unilateral de todo el estatuto protector del matrimonio, sobre todo porque se trata de beneficios eventuales o potenciales que no sabemos si habrían tenido lugar o se habrían extinguido por otra causa.

<sup>19</sup> Es la opinión común de los comentadores: BARRIENTOS *et al.* (2004) p. 425; PIZARRO WILSON (2004) p. 98; COURT MURASSO (2004) p. 98; ORREGO ACUÑA (2004b) p. 142.

<sup>20</sup> Cfr. RODRÍGUEZ GREZ (2004) p. 46.

<sup>21</sup> Otra circunstancia podría ser la precedencia de una convivencia previa al matrimonio, en la que la mujer se dedicó al hogar o a los hijos comunes.

Por tanto, no hay propiamente una reparación del daño como sucede en la responsabilidad civil, en que rige el principio de la integridad de la reparación: todo daño debe ser reparado. Se trata de una compensación paliativa que intenta en la medida de lo posible cubrir el menoscabo económico más manifiesto, y según pautas de orientación que la misma ley se encarga de fijar, aunque sea a modo ilustrativo.

Entre estas pautas está una, la del art. 61, que es la principal y la que con mayor frecuencia se aplicará, y otras adicionales que pueden concurrir o no y que se prevén en el art. 62 inc. 1º.

Es menester advertir que no es discrecional para el juez aplicar las pautas establecidas en la ley, sino que se trata de un deber impuesto imperativamente, lo que releva el texto del art. 62: “se considerará”. Pero no existe prelación o prevalencia de unas circunstancias en desmedro de otras<sup>22</sup>.

## 2. LA FALTA DE INGRESOS PROPIOS POR LA DEDICACIÓN AL HOGAR

El primer criterio que el juez tendrá en cuenta para calcular el montante de la compensación será lo que dejó de ganar o percibir el cónyuge beneficiario por la dedicación total o parcial prestada al hogar o a los hijos. No nos parece que se trate solo de una pérdida de una chance (o de la oportunidad de haberse dedicado a un trabajo externo remunerado), como algunos autores han defendido<sup>23</sup>, sino más bien de una compensación de un lucro cesante, es decir, de la privación de los ingresos que podría haber obtenido de haber podido realizar tales labores<sup>24</sup>. Por cierto, habrá que hacer un cálculo de probabilidades, de circunstancias, de calificación profesional, de rentas de mercado, etc. Estimamos que los criterios que la jurisprudencia ha ido fijando para calcular las indemnizaciones por lucro cesante en casos de incapacidades laborales, pueden ser útil para apreciar esta partida de la compensación<sup>25</sup>.

Se ha observado con razón que mediante esta partida se calcula el probable ingreso obtenido por el trabajo no desarrollado, pero no se considera el valor del trabajo doméstico realmente ejecutado<sup>26</sup>. Pensamos que este otro valor debe quedar incluido en el último de los elementos mencionados en el art. 62.

Junto con la falta de ingresos por los trabajos no desarrollados, o en caso de no proceder esta variante, procederá aplicar las pautas indicadas en el art. 62.

<sup>22</sup> TURNER SAELZER (2005) p. 487.

<sup>23</sup> TAPIA (2006) p. 4. Algo similar había sugerido la profesora Carmen Domínguez, en DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005b) p. 13, al señalar que el costo de oportunidad laboral solo por aproximación puede asimilarse al lucro cesante, “porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener lo que es distinto”. En artículo posterior, “El convenio...” (DOMÍNGUEZ HIDALGO, 2005b, pp. 104), señala que no se trataría propiamente de lucro cesante, porque no se trata de otorgar algo en reparación por la pérdida de la ganancia “sino de conferirla, pero en vistas a dejar a ese cónyuge en mejor posición para enfrentar el futuro”.

<sup>24</sup> PIZARRO WILSON (2004) p. 89, habla de indemnización del lucro cesante.

<sup>25</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI (2005) pp. 177-196.

<sup>26</sup> Así BARRIENTOS *et al.* (2004) pp. 419 y 420.

### 3. LAS PAUTAS DEL ARTÍCULO 62

Solo podemos revisarlas sucintamente:

#### *a) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal*

La ley ordena al juez tener en cuenta “la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges”. Parece sencillo entender que a mayor duración del matrimonio y de la vida común, se aumentará la cuantía de la compensación. Ello por cuanto la confianza en la devengación de los beneficios patrimoniales del matrimonio habrá sido mayor cuando el vínculo y sobre todo la convivencia hayan sido prolongados en el tiempo.

Aunque la convivencia conyugal será muy importante para apreciar el menoscabo, no nos parece que sea irrelevante la duración del vínculo matrimonial<sup>27</sup>. En efecto, aunque la vida en común haya sido corta si el matrimonio ha tenido una larga duración es probable que se hayan generado efectos de amparo y socorro para la mujer, cuya privación será necesario compensar (alimentos, beneficios de salud).

No nos parece que quede aquí comprendido el tiempo de convivencia anterior al matrimonio, ya que la norma habla expresamente de la vida en común “de los cónyuges”, por lo que supone las nupcias<sup>28</sup>. Esta circunstancia, empero, podría considerarse como una que no está especialmente prevista por la norma pero que el juez puede ponderar atendida su falta de taxatividad.

#### *b) La situación patrimonial*

También el juez debe considerar la situación patrimonial de ambos cónyuges. Se ha señalado que a este respecto el juez debe tener en cuenta los resultados de la liquidación del régimen de bienes de sociedad conyugal o participación en los gananciales que existiere entre ellos. Si la liquidación no ha sido hecha previamente ni es materia de la misma sentencia de divorcio, el juez debería hacer una anticipación imaginaria y aproximada de los resultados de dicha liquidación<sup>29</sup>, para lo cual será necesario que las partes hayan aportado antecedentes sobre los bienes ingresados al régimen económico matrimonial, así como de las deudas.

Pero está claro que la compensación no puede agotar su cuantía en la participación del cónyuge débil en los gananciales generados por el régimen matrimonial<sup>30</sup>. Una parte de los perjuicios sufridos por el cónyuge demandado podrá verse compensado con esa participación, pero no todos. Los gananciales pueden compensar el apoyo del cónyuge que se dedica al hogar al que trabaja en la adquisición de bienes comunes (en ese

<sup>27</sup> Como sostiene TURNER SAEZLER (2005) p. 494.

<sup>28</sup> En contra TURNER SAEZLER (2005) p. 494, quien sostiene que en virtud de esta circunstancia el juez debe sumar a la convivencia de hecho el tiempo de duración del matrimonio.

<sup>29</sup> VELOSO VALENZUELA (2006) p. 184.

<sup>30</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005b) p. 24; DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005a) p. 118; ORREGO ACUÑA (2004a) p. 131. En contra, CUEVAS (2004) pp. 82-85, sostiene que los regímenes de sociedad conyugal (salvo renuncia de la mujer a los gananciales) y de participación en los gananciales compensan suficientemente el menoscabo económico del divorcio.

sentido pueden compensar la falta de ingresos por no haber tenido una actividad lucrativa propia). Pero el costo de la oportunidad laboral, la pérdida del derecho de alimentos, del sistema de salud, de una pensión de sobrevivencia, no quedarán suficientemente compensados por la distribución de los gananciales, por lo que deberán computarse aparte.

No cabe, es cierto, que el juez convierta este elemento en un nuevo régimen comunitario aplicable automáticamente a todos los cónyuges que se divorcian, por el simple expediente de comparar patrimonios y fijar como compensación la diferencia de valor que se produzca entre ellos en perjuicio del cónyuge demandado<sup>31</sup>.

Es verdad, sin embargo, que la existencia de la compensación económica servirá para corregir parcialmente las injusticias producidas contra la mujer que se casó en separación de bienes confiando en que la persistencia de su matrimonio le aseguraría derechos de alimentos, provisionales y hereditarios.

Es un hecho que este factor puede asemejar la compensación a los alimentos, ya que en ellos se miran las necesidades y la capacidad económica de las partes para decretarlos. Pero no siendo realmente alimentos no cabe aplicarlo en ese sentido, pues no se trata de las necesidades actuales o de la capacidad actual que tengan ambos cónyuges, si no del menoscabo económico producido por el divorcio (o la nulidad). La ley manda apreciar la situación patrimonial porque un desnivel entre ellos puede ser indicativo sobre la existencia y cuantía de dicho menoscabo, que se prologaría en el tiempo<sup>32</sup>.

En particular, nos parece que debe descartarse que se pueda denegar la compensación fundándose en que el cónyuge deudor carece de bienes suficientes para hacer frente a su pago. El menoscabo económico no desaparece por la falta de capacidad patrimonial actual del cónyuge que lo ha producido pidiendo el divorcio. Si se trata de un resarcimiento su monto no puede quedar entregado a la solvencia económica del obligado. Por lo demás, la ley se pone expresamente en este supuesto, pero no para que se suprima o disminuya la compensación, sino únicamente para que el juez pueda decretar la división del pago de la compensación en cuotas (art. 66)<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> VELOSO VALENZUELA (2006) p. 184.

<sup>32</sup> BARRIENTOS *et al.* (2004) p. 426, opinan que la situación patrimonial de uno de los cónyuges puede hacer presumir el menoscabo económico sufrido por la dedicación al hogar y a los hijos.

<sup>33</sup> En contra, VELOSO VALENZUELA (2006) p. 182, por considerar que si se exige al deudor de bajos ingresos el pagar una compensación económica se estaría incurriendo en una privación severa de la libertad personal. Pero la misma autora se da cuenta que este argumento no es sustentable puesto que, como ella misma dice, también la exoneración del cónyuge deudor de pagar esta compensación limita la libertad individual esta vez del cónyuge acreedor. En verdad, la institución de la compensación económica no puede basarse en criterios de utilidad y bien privado, sino de bien público y social. Se basa en el principio general de la ley como es la protección al cónyuge más débil (art. 3), que limita la autonomía privada. Por su parte, RODRÍGUEZ GREZ (2004) p. 48, sostiene que la compensación no está subordinada a la subsistencia de los recursos que uno de los cónyuges obtuvo en desmedro de las expectativas del otro. En el mismo sentido ORREGO ACUÑA (2004a) pp. 145-146.

*c) La buena o mala fe*

Este factor se introdujo en la ley, al advertirse que la compensación procedería también en casos de nulidad matrimonial y que sería inconsecuente autorizar que el cónyuge que contrae de mala fe pueda beneficiarse de un beneficio derivado de la disolución del matrimonio que él podía prever y esperar.

No nos parece que pueda tener incidencia en el caso del divorcio, ya que la denegación o atenuación del derecho a compensación en caso de culpa del cónyuge beneficiario fue objeto de una norma aparte (art. 62 inc. 2º)<sup>34</sup>.

*d) Edad y estado de salud*

La ley ordena tomar en cuenta la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario. Nuevamente aunque no se trate propiamente de una prestación alimenticia, es claro que aquí el juez debe incrementar la cuantía de la compensación cuando se trate de cónyuges de edad avanzada o con salud inestable o quebrantada. Se tratará de compensar en parte la pérdida del derecho de alimentos a los que habría tenido derecho el beneficiario de haber perdurado el vínculo conyugal.

*e) La situación en materia de beneficios previsionales y de salud*

La cuantía de la compensación se debe fijar tomando en cuenta la situación del cónyuge en materia de beneficios previsionales y de salud. Así, el juez tendrá que considerar si el cónyuge por el divorcio perderá el derecho a optar a una eventual pensión de sobrevivencia y si dejará de ser beneficiario de un determinado plan o sistema de salud por no figurar ya como carga del otro cónyuge.

En el caso de la pensión, no se tratará de resarcir al cónyuge por el monto de la pensión perdida calculada por una proyección de sus años de vida. Aquí sí se ocuparán los criterios de indemnización de una chance, de una oportunidad perdida. En efecto, no podemos saber si el cónyuge hubiera realmente gozado de una pensión en caso de no haber sufrido el divorcio. Lo único que sabemos de cierto, y es lo que procederá indemnizar, es que perdió la oportunidad o la opción de adquirir en su momento ese derecho.

No deja de ser interesante el criterio que sostiene que la pérdida del derecho de alimentos debe asimilarse a la privación de un beneficio de seguridad social, si bien “privada”<sup>35</sup>. En todo caso, si la interpretación se estima forzada, estimamos que esta pérdida debe ser compensada al cónyuge más débil porque es claramente un beneficio del que se ve privado al menos como una chance (si hubiere tenido necesidad de ellos en la vida futura). El juez podrá acudir a la falta de taxatividad del art. 62 para tener en cuenta este factor, sobre todo si el derecho de alimentos estaba decretado judicialmente con anterioridad al proceso de divorcio.

<sup>34</sup> En este sentido también, PIZARRO WILSON (2004) p. 98, nota 20; VIDAL OLIVARES (2006) p. 264; TURNER SAEZER (2005) pp. 498-499. En cambio, GÓMEZ DE LA TORRE (2005) p. 14, sugiere que en el divorcio se aplicaría este factor para evitar que el cónyuge que haya “provocado la ruptura matrimonial” pretenda después el pago de la compensación.

<sup>35</sup> Lo sugiere TURNER SAEZER (2005) p. 502, citando jurisprudencia española que así lo ha entendido.

*f) La cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral*

Se trata ahora de compensar los daños producidos por el costo de oportunidad laboral. La mujer después del divorcio deberá en la mayor parte de los casos retornar al mercado laboral, pero lo hará en condiciones inferiores a las que hubiera tenido si no se hubiera casado o no se hubiera dedicado preferentemente a la casa. Este es un perjuicio que debe ser integrado en la compensación<sup>36</sup>.

Respecto de la cualificación profesional, el juez debe tener en cuenta los casos en los que la mujer al casarse y dedicarse a los hijos no siguió los estudios y no obtuvo un título profesional, que ahora, divorciada, podría hacerle falta para sustentar el hogar.

*g) La colaboración prestada a las actividades del otro cónyuge*

Finalmente, la ley menciona como pauta a considerar para determinar la cuantía la colaboración prestada a las actividades lucrativas del otro cónyuge. Debe tratarse de colaboraciones concretas y distintas a la de mantener el hogar y a los hijos que ya habrán sido consideradas. Pero muchas veces el cónyuge que se dedica al hogar también ayuda al otro cónyuge a cumplir con su propio trabajo.

Si de la colaboración de las labores del otro cónyuge han resultado beneficios para quien pide la compensación, tales lucros le deberán ser descontados<sup>37</sup>.

Tal vez aquí quepa incluir la valoración del trabajo doméstico realizado por la mujer que, como vimos, no está tomado en cuenta en el art. 61 que solo se fija en la remuneración no ganada por la mujer en un hipotético trabajo externo.

#### IV. LA PRIVACIÓN DE LA COMPENSACIÓN POR CULPA

El legislador, a nuestro juicio acertadamente, ha considerado como un factor de privación o disminución de la compensación económica el que el divorcio se haya decretado por culpa del cónyuge beneficiario (art. 62 inc. 2º). Se trata de una facultad optativa para el juez: o denegar totalmente el beneficio o disminuir prudencialmente su monto. Entendemos que a esta elección se refiere el verbo "podrá" utilizado por la norma al hablar de las atribuciones del juez. Se excluye, en consecuencia, que el juez tenga la facultad de conceder al culpable la totalidad de la compensación que en teoría proceda<sup>38</sup>.

Es lógico que sea así, pues si la compensación busca resarcir los perjuicios económicos que genera la pérdida del estatuto protector del matrimonio, no puede aprovecharse de ello quien no ha respetado dicho estatuto violando sus deberes conyugales o paternos<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> BARRIENTOS *et al.* (2004) p. 427.

<sup>37</sup> Así, TURNER SAEZLER (2005) p. 507.

<sup>38</sup> En contra, ORREGO ACUÑA (2004a) p. 143, quien sostiene que el juez puede acoger, denegar o disminuir la compensación. Pero no es eso lo que dispone el texto de la ley.

<sup>39</sup> VELOSO VALENZUELA (2006) p. 181, en cambio, critica la opción del legislador, por considerar que esta restricción la mayor parte de las veces será padecida por la mujer (que es la asignataria primordial de la compensación) y también por no estar de acuerdo con la existencia de un divorcio culposo.

Además, sería incomprendible socialmente que alguien contra el cual se ha pronunciado una sentencia por divorcio por atentado contra la vida o violencia contra el otro cónyuge o los hijos, abandono del hogar, adulterio, tentativa de prostitución, etc., pueda invocar la misma sentencia que lo declara culpable como un título legítimo de un derecho a compensación económica por los efectos del divorcio que con su conducta ha de alguna manera buscado. ¡Qué decir de la situación en la que quedaría el cónyuge inocente que además de cargar con los perjuicios de la conducta de su consorte, los agravios del juicio de divorcio, se viera al final obligado a pagar una compensación al cónyuge culpable!

## V. LA FIJACIÓN CONVENCIONAL. VENTAJAS Y LÍMITES

### 1. VENTAJAS DE LA FIJACIÓN CONVENCIONAL

A diferencia de lo que sucede con el divorcio de común acuerdo, la ley no impone a los cónyuges presentar una convención acordada sobre la compensación económica, como sí sucede respecto de las demás relaciones mutuas entre los cónyuges y de estos para con sus hijos (art. 55 inc. 2º). Pero sí permite que se convenga la procedencia, el monto y la forma de pago por acuerdo otorgado por cónyuges mayores de edad por escritura pública o acta de avenimiento judicial (art. 63).

Por una parte, esto tiene la ventaja de que se prescinde de la intervención de un tercero ajeno a la concreta relación conyugal y que son las partes las que se resuelven con mejor conocimiento de sus circunstancias y de su posición. Es por ello que la ley ha previsto instancias de conciliación y de mediación, donde una de las cuestiones importantes a convenir será la de la compensación económica. Es bueno destacar que los cónyuges pueden fijar la cuantía y la forma de pago de la compensación. En virtud de esta libertad, y aunque la compensación por sí misma no tenga una naturaleza alimenticia, no vemos obstáculo para que se pacte una pensión de alimentos de origen voluntario o una renta vitalicia. Entre algunos casos que hemos revisado, existe uno en que se conviene una pensión alimenticia de \$ 80.000 mensuales vitalicia, y el tribunal la aprueba (rol C-4001-2005, sentencia de 11 de julio de 2005).

### 2. LÍMITES EN GENERAL

Pero la autonomía negocial que tienen los cónyuges no es absoluta y está sujeta al control judicial. Por eso la ley encarga al juez la aprobación del convenio que regula la compensación.

No se trata de un control meramente formal. El juez debe considerar si la compensación está correctamente aplicada, al menos en sus rasgos generales y más fundamentales. Si llega a la conclusión fundada de que la compensación es insuficiente podrá aumentarla, sobre todo considerando que la ley le ordena resolver teniendo en cuenta el interés del cónyuge más débil (art. 3 inc. 1º).

La ley parece pensar en un acuerdo de la compensación que se adopta ante la ruptura del matrimonio y para efectos de ser presentada al tribunal que juzgará el divorcio o nulidad ya demandada o que se pretende demandar en breve tiempo después

de la celebración del acuerdo. En efecto, este es el momento donde puede apreciarse si se padeció o no el menoscabo económico y cuál es su cuantía. Pensamos, en consecuencia, que no sería admisible que la compensación se pactara en capitulaciones matrimoniales (sería en detrimento del derecho que la ley fija a los cónyuges: art. 1717 del Código Civil) ni tampoco en una convención matrimonial realizada durante la vida matrimonial y teniendo a la vista solo como hipotética una disolución del vínculo<sup>40</sup>.

### 3. EL PROBLEMA DE LA RENUNCIA

Se ha sostenido que es legítimo que por acuerdo los cónyuges, en ejercicio de su autonomía, renuncien recíprocamente a la compensación económica que pudiere corresponderles<sup>41</sup>. Incluso se ha pensado que ello procedería en forma previa al matrimonio por capitulaciones matrimoniales<sup>42</sup>. Nos parece que esta renuncia anticipada sería inválida. Se trata de un derecho personalísimo del cónyuge sobre el cual no proceden actos de disposición<sup>43</sup>. Tampoco es susceptible de transmisión *mortis causa*<sup>44</sup>.

Por tanto, el juez no tendrá en cuenta la renuncia pactada ya sea en un convenio previo al matrimonio o en un acuerdo con vistas al divorcio. Si observa que hay antecedentes para dar lugar a la compensación, debe fijarla, nuevamente haciendo uso de la facultad de resolver protegiendo el interés del cónyuge más débil.

Cosa distinta es la preclusión procesal del derecho por no oponerlo oportunamente en el juicio de divorcio. Es discutible que el juez pueda tener la facultad para proceder de oficio en estos casos. Más difícil todavía nos parece sostener que proceda demandar la compensación económica después de decretado el divorcio en otro juicio diferente. La ley no lo ha prohibido expresamente, pero su espíritu parece ser que todas las cuestiones que derivan de la extinción del matrimonio se concentren el proceso de divorcio<sup>45</sup>.

Por cierto, una vez determinada la compensación económica por sentencia firme, el crédito podrá ser condonado, cedido y transmitido *mortis causa*, según las reglas generales<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> En contra, DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005b) pp. 14-15, DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005a) pp. 108-109, salvando el caso de la renuncia.

<sup>41</sup> GÓMEZ DE LA TORRE (2005) p. 18.

<sup>42</sup> PIZARRO WILSON (2004) pp. 102-103.

<sup>43</sup> En este sentido, VIDAL OLIVARES (2006) p. 277; DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005b) p. 17.

<sup>44</sup> Si el matrimonio se extingue por la muerte del hipotético cónyuge beneficiario, sus herederos no podrán reclamar la compensación porque no podrán interponer la acción de divorcio ni, en general, la de nulidad. Tampoco parece aceptable que los herederos puedan proseguir la acción o defensa intentada por el cónyuge difunto, si se trata de divorcio, ya que en este caso la sentencia es constitutiva de estado civil y no podrá dictarse al haberse previamente disuelto el matrimonio. La única hipótesis que podría considerarse admisible es la de los herederos del cónyuge que muere durante el proceso de nulidad. Siendo la sentencia de carácter declarativo puede continuarse el juicio y fijarse la correspondiente compensación económica que se transmitirá a los herederos del beneficiario.

<sup>45</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ GREZ (2004) pp. 46-47.

<sup>46</sup> También la deuda de compensación económica es transmitida a los herederos del cónyuge deudor que fallece después de su determinación judicial, sin perjuicio de su derecho a aceptar la herencia con beneficio de inventario. Cfr. PIZARRO WILSON (2004) p. 101; ORREGO ACUÑA (2004a) pp. 147-148.

#### 4. LA NECESIDAD DE UN CONTROL JUDICIAL EFECTIVO

Es necesario que los jueces ejerzan efectivamente esta función de control que les asigna la ley y que no se sientan liberados de esta tarea por el hecho de que las partes están de acuerdo en convenir una determinada compensación<sup>47</sup>.

Sin embargo, la experiencia judicial incipiente, a la que hemos accedido, parece mostrar una cierta displicencia por el tema por parte de los jueces que están más interesados en que se acredite la causal de divorcio que en valorar la procedencia y cuantía de la compensación. Así, en un caso las partes dan cuenta de un acuerdo sobre el otorgamiento a la mujer de una compensación económica “con el objeto de procurar aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura” consistente en la suma de \$ 4.000.000. El tribunal aprueba el acuerdo por considerarlo completo y suficiente (rol C-6508-2005, sentencia de 19 de agosto de 2005). Otra sentencia ordena que un acuerdo sobre compensación económica obtenido por vía de conciliación se otorgue por escritura pública (podría haber bastado el acta de avenimiento) y luego lo declara aprobado y conforme con las exigencias del art. 55 (rol C-4001-2005, sentencia de 11 de julio de 2005). En un caso de divorcio solicitado de común acuerdo se conviene que la mujer pagará al marido una compensación económica equivalente a \$ 300.000, pagaderos en dos cuotas. Nuevamente el tribunal aprueba sin entrar en mayores fundamentaciones (rol C-13044-2004, sentencia de 13 de junio de 2005).

Lo anterior nos parece más grave respecto de los acuerdos en los que se hace renuncia del derecho a la compensación o se declara su no procedencia. Los tribunales deberían estar en guardia frente a posibles abusos o presiones indebidas de parte de alguno de los cónyuges para lograr esta renuncia a un derecho legal. Ya hemos dicho que entendemos que la renuncia no tiene validez en estos casos. Sin embargo, los jueces parecen sentirse tranquilos aprobando sin mayores explicaciones acuerdos en los que se hace dejación de este importante beneficio de protección del cónyuge más débil. Así, en una causa (Rol N° 3274-2004, sentencia de 14 de abril de 2005), se señala sencillamente “que en cuanto a la compensación económica alegada en forma subsidiaria por la demandada, se estará a lo avenido entre las partes sobre este punto, el que se manifiesta en el acuerdo que presentaron al Tribunal a fojas 40 y en el que en su punto N° 6, renuncian a una eventual compensación económica que pudiere proceder entre ellas” (considerando 9º). En otro caso, rol C-5, 2005, sentencia de 27 de mayo de 2005, se estima suficiente el convenio regulador en el que las partes acuerdan “que por haber ejercido cada uno durante su matrimonio una actividad económica remunerada con total libertad, sin limitaciones y haberse dedicado ambos en igual medida al cuidado de su familia e hijos, situación que se mantiene, no existe derecho a compensación económica de ninguna especie respecto del otro cónyuge”. El tribunal confundiendo acuerdo regulador con acuerdo sobre compensación económica se limita a señalar que cabe acoger la demanda de divorcio al haberse declarado completo y suficiente el acuerdo (considerando 6º). En otro juicio, las partes se limitan a señalar que no existen entre

<sup>47</sup> En contra, VELOSO VALENZUELA (2006) p. 185, quien estima que el juez debe aprobar “sin más” el acuerdo de los cónyuges sobre compensación.

ellos derechos patrimoniales que exigir, lo que la sentencia aprueba sin más (rol C-12903-2004, sentencia de 28 de enero de 2005). Otro caso: las partes expresan “que no solicitarán la compensación económica, al no existir menoscabo por las labores del hogar o el cuidado de los hijos durante el matrimonio”, y la sentencia se limita a señalar que le parece completo y suficiente el acuerdo obtenido (rol C-2467-2005, sentencia de 26 de julio de 2005).

Sería deseable que los juzgados de familia tuvieran un poco más de iniciativa y acuciosidad para ejercer la labor de control y protección que la ley les encomienda en tutela de los intereses del cónyuge más débil, sobre todo teniendo en cuenta el principio de actuación de oficio que se aplica en estos procedimientos en conformidad a la Ley Nº 19.968, de 2004 (arts. 9 y 13).

## V. CONCLUSIONES

La mayor parte de las reflexiones que se contienen en este apretado trabajo son meras aproximaciones frente a lo que es una novedad en nuestro Derecho y que, por su propia naturaleza, no es posible delimitar perfectamente, sino mediante la aplicación de la prudencia judicial.

Nuestra impresión, como hemos dicho, es que esta extraña ley –a lo que hemos motejado de paradójico y a la que el profesor Mauricio Tapia prefiere denominar más elegantemente “de compromiso”<sup>48</sup>– es intencionadamente contradictoria y ambivalente. Más que en la literalidad de los textos normativos, hay que buscar las realidades e ideologías sumergidas que trataron de conciliar lo inconciliable: el matrimonio para toda la vida y la libertad para divorciarse cuando se quiera.

La compensación económica es una manifestación de esta encrucijada del legislador, que quiso mantener la definición del matrimonio como indisoluble en el art. 102 del Código Civil pero al mismo tiempo declararlo desahuciable por voluntad incluso unilateral de los cónyuges.

La compensación económica en su realidad última parece ser un postrero homenaje –más que sea en justicia económica– a la indisolubilidad del matrimonio. Una especie de extensión –limitada a lo meramente material– de la solidaridad matrimonial incluso después del rompimiento del mismo. En palabras del decano Carbonnier, autor, por lo demás, de la ley de divorcio francesa de 1975, estas prestaciones posdivorcio indican de alguna forma que el deber de socorro no se extingue por entero por la disolución del matrimonio, porque la primera esposa del divorciado continúa siendo, en cierto orden inmaterial –por derecho natural, diríamos nosotros–, su sola y única esposa<sup>49</sup>.

Santiago, 13 de diciembre de 2006

<sup>48</sup> TAPIA RODRÍGUEZ (2005) pp. 109 y 405.

<sup>49</sup> CARBONNIER (1950) p. 343, citado por FANZOLATO (1991) p. 27.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu (2004): *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno* (LexisNexis, Santiago) 472 pp.
- CARBONNIER, Jean (1975): “La question du divorce”, *Recueil Dalloz-Sirey*, chr. 119.
- CARBONNIER, Jean (1950): “Terre et ciel dans le droit français du mariage. Le droit privé français au milieu du XX siècle”, Études offertes à G. Ripert, t. I.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago) 423 pp.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2004): “Una ley de paradojas. Comentario a la nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 2.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2005): “El daño moral por muerte o lesiones en la jurisprudencia, con particular referencia a los accidentes del trabajo”, en: Baraona, J. y Zelaya, P. (eds.), *La responsabilidad por accidentes del trabajo*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 10 (U. de los Andes, Santiago) 256 pp.
- COURT MURASSO, Eduardo (2004): *Nueva Ley de Matrimonio Civil* (U. Adolfo Ibáñez, Legis, Santiago) 168 pp.
- CUEVAS M., Gustavo (2004): “Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Nº 19.947) y regímenes matrimoniales, en: AA.VV., *Curso de Actualización Jurídica: Nuevas tendencias en el Derecho Civil* (Universidad del Desarrollo, Santiago).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños* (Civitas, Madrid) 367 pp.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005a): “El convenio regulador y la compensación económica” en: Anastasia ASSIMAKÓPULOS y Hernán CORRAL (eds.), *Matrimonio civil y divorcio*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 11 (U. de los Andes) 238 pp.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005b): *Compensación económica en la Nueva ley de Matrimonio Civil* (folleto del Colegio de Abogados de Chile, Santiago) 28 pp.
- FANZOLATO, Eduardo (1991): *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio* (Depalma, Buenos Aires) 327 pp.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2005): *Compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil* (Folleto Colegio de Abogados de Chile, Santiago).
- Informe sobre el divorcio. La evidencia empírica internacional* (2002): Instituto de Ciencias de la Familia, Facultad de Derecho y Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de los Andes (Santiago) 120 pp.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2004a): *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil* (Metropolitana, Santiago) 250 pp.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2004b): “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 8: pp. 133-150.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2004): “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 3.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004): “Ley de Matrimonio Civil”, en: AA.VV., *Curso de Actualización Jurídica: Nuevas tendencias en el Derecho Civil* (Universidad del Desarrollo, Santiago).

- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2005): *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago) 471 pp.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2006): “La compensación económica en la Ley de Divorcio”, *La Semana Jurídica* N° 271.
- TURNER SAELZER, Susan (2004): “Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil”, *Revista de Derecho* (Universidad Austral) 16.
- TURNER SAELZER, Susan (2005): “Las circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función”, en: Juan Andrés VARAS y Susan TURNER (coord.), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia* (LexisNexis).
- VELOSO VALENZUELA, Paulina (2006): “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, *Actualidad Jurídica* N° 13: pp. 171-187.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006): “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil” en: Álvaro VIDAL (coord.) *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- WEITZMAN, L.J. (1985): *The Divorce Revolution. The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (The Free Press, Collier MacMillan Publishers, London) 504 pp.