

EL CARÁCTER EXTRAPATRIMONIAL DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA*

THE NON-PATRIMONIAL NATURE OF ECONOMIC COMPENSATION

RODRIGO BARCIA LEHMANN**
CAROLINA RIVEROS FERRADA***

RESUMEN: Este trabajo pone en evidencia que la compensación económica debe, y no puede ser entendida, sino como una institución de Derecho de Familia. La compensación económica es un derecho extrapatrimonial, que solo se genera en la nulidad o divorcio, y por ello, es un derecho esencialmente posmatrimonial. Su función resarcitoria no excluye una función asistencial complementaria, en cuanto a la determinación de la cuantía. El fundamento de la compensación no solo está en el principio de la protección al cónyuge más débil, sino que primeramente en la protección de la familia, como un instituto garantizado constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: compensación económica, matrimonio.

ABSTRACT: This article shows that “economic compensation” ought to be understood as a family law institution. “Economic compensation” is a non-patrimonial right that arises from a marriage annulment or divorce, so it is essentially a postnuptial right. An indemnifying role of “economic compensation” does not preclude an assisting role also, which is, in some cases, both complimentary and exclusive to determine its “*quantum*”. The basis for this compensation lays not only on the legal principle that affords protection to a weaker spouse, but first and foremost, in the protection of the family, which is an institution guaranteed by the Constitution in the Chilean legal system.

Key words: economic compensation, marriage.

* Agradecemos a nuestro ayudante *ad honorem*, Pablo Zenteno Muñoz por su valiosa ayuda en la recolección de sentencias y al profesor Dr. Gonzalo Ruz Lártiga por sus aclaraciones en torno al Derecho francés.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile; MBA Economía y Dirección Internacional de Empresas, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid; European Master in LAW and Economics, Complutense und Hamburg Universität; Doctor en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid; Profesor Jornada Completa de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Email: rbarcia@uft.cl

*** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Magíster en Derecho (LLM), Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; Doctora en Derecho, Ludwig-Maximilian-Universität. Profesora de Derecho Civil Universidad Central de Chile. Email: criverosf@ucentral.cl

1. INTRODUCCIÓN

La compensación económica es una de las instituciones de Derecho de Familia que más interés ha generado en la doctrina chilena¹. Ella ha planteado diversos retos que van desde la determinación de su naturaleza, sus requisitos de procedencia, la forma de determinación de su cuantía, hasta la determinación del estatuto jurídico por el cual se regula. En cuanto a este último aspecto, desde un principio, parte de la doctrina chilena entendió que la compensación económica no se rige por las reglas del Libro IV del CC², por cuanto los derechos, o más bien las facultades que otorga el Derecho de Familia, son esencialmente de orden extrapatrimonial. Nos adscribimos a esta vertiente de pensamiento por cuanto el Derecho de Familia, sin lugar a duda, está construido sobre principios, reglas y normas que dan forma a un estatuto jurídico propio y que no se sustentan en el Derecho Patrimonial.

En el presente trabajo analizamos el carácter extrapatrimonial de esta institución, y proponemos una teoría que es capaz de resolver los problemas que, de acuerdo a la doctrina, la compensación económica ha suscitado. Por ello, una vez que le concedemos a la compensación económica un sustento extrapatrimonial y posmatrimonial nos ocupamos de tratar de compatibilizar su sustento resarcitorio, indiscutido, con una función asistencial que se presenta recién en la determinación de su importe o cuantía en el artículo 62 de la LMC.

¹ BARRIENTOS (2007); CORRAL (2007); GÓMEZ DE LA TORRE (2005); GUERRERO (2008); LEPIN (2010); PIZARRO (2004); PIZARRO y VIDAL; VIDAL (2004), (2006), (2008), (2009), etc.

² En este sentido BARRIENTOS señala que “[e]n principio, el carácter familiar del derecho de compensación económica, junto a la existencia de su disciplina peculiar, tornan inaplicables a su respecto las disposiciones que configuran la disciplina de los derechos personales o créditos fijada en el libro IV del Código Civil (...) Por tales caracteres, no es posible realizar la anatomía del derecho de compensación económica mediante el a-crítico recurso a las categorías dogmáticas desarrolladas a propósito de los derechos personales y obligaciones típicas del derecho patrimonial, sino más bien, resulta imprescindible realizar el esfuerzo dogmático de explicarlo como un derecho personal u obligación de familia”. BARRIENTOS (2007) p. 17.

Sin perjuicio de lo anterior no toda la doctrina civil chilena está de acuerdo en ello. De este modo por tomar solo un ejemplo de nuestra doctrina, VIDAL señala que “la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia que no calza con ninguna institución preexistente. Ella constituye una obligación legal impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro...”. En un trabajo reciente, VIDAL agrega que “[e]n este trabajo sostengo una naturaleza jurídica propia, calificando a la compensación económica como una obligación que tiene por objeto corregir un desequilibrio provocado por el divorcio o nulidad y así prevenir un empeoramiento futuro” y en sus conclusiones agrega que “[l]a compensación económica constituye un derecho de naturaleza familiar de carácter patrimonial que se reconoce al cónyuge que se halla en el supuesto típico del artículo 61 LMC y que acredite, conforme el artículo 62 LMC que el divorcio o la declaración de nulidad le provocará un menoscabo. La titularidad y ejercicio de este derecho se funda en el matrimonio”.

Para estas posiciones la compensación económica es una obligación legal, que es una categoría propia de las fuentes de las obligaciones, aspecto que es relevante para determinar cuál es el régimen supletorio de esta figura como fuente de obligaciones. De este modo, el adoptar la postura de VIDAL nos conduce a que el régimen supletorio será el que regula las obligaciones extracontractuales, de estimarse que este es el régimen supletorio de las fuentes de las obligaciones –que es la posición de la mayoría de los autores modernos– o también es posible, siguiendo a ALESSANDRI, señalar que el régimen supletorio es el de las obligaciones contractuales. En cambio, el régimen supletorio, si creemos que estamos frente a una obligación contractual, que deriva del matrimonio, es el de dichas obligaciones. VIDAL (2009) p. 77 y (2008) pp. 293 y 320.

2. PLANTEAMIENTO

Este trabajo parte del supuesto que la compensación económica, como el Derecho de Familia en su conjunto, no se sustenta sobre categorías propias del Derecho Privado Patrimonial. Nos apoya la jurisprudencia que estima que el Derecho de Familia se funda en consideraciones éticas que escapan al Derecho Patrimonial. Así lo pone de manifiesto el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en auto Rol N° 7738-07, cuando resuelve que “[l]os derechos de familia se basan en el afecto de los individuos; no persiguen finalidades económicas sino puramente morales. Ciertamente es que numerosos derechos de familia tienen derivaciones patrimoniales, pero ese no es su objetivo primordial”³.

Ello no quiere decir que en el Derecho de Familia no operen categorías propias del Derecho Patrimonial, como lo son básicamente los derechos reales y personales. Así, por lo demás, sucede con la compensación económica que, en definitiva, se ve plasmada en un derecho personal o real a favor del denominado cónyuge beneficiario. Este derecho, como la mayoría de los derechos patrimoniales, es transmisible, transferible, prescriptible y renunciable. Pero ello no nos aclara nada respecto de la naturaleza del derecho de compensación económica, previamente a que este se consolide en un derecho netamente patrimonial. Tal como sucede con el derecho de alimentos, el hecho que los alimentos den lugar en última instancia a un derecho patrimonial, no quiere decir que el derecho a demandar o accionar de alimentos sea un derecho patrimonial. En este sentido, creemos que la compensación económica es un derecho netamente extrapatrimonial, como el derecho a demandar la separación judicial, a reconocer un hijo o a demandar alimentos. La compensación económica es un derecho extrapatrimonial, que se sustenta en la protección de un acuerdo implícito de los esposos o cónyuges, que es promovido por el ordenamiento jurídico. No podría ser de otra forma por cuanto este acuerdo permite la distribución del trabajo en el seno de la familia y ello redundaría en la protección del hogar común y/o de los hijos comunes. De este modo, la procedencia de esta compensación depende de condiciones objetivas de procedencia, que son básicamente las establecidas en el artículo 61 de la LMC; pero su evaluación depende del comportamiento de los cónyuges en su esfera personal y tiene un trasfondo eminentemente ético o moral, que comparte con la facultad y deber de alimentos. El trasfondo ético de esta figura no es el mismo que el que está detrás de los derechos personales y reales, que se sustentan en el buen funcionamiento del mercado o de los negocios. A esta conclusión debemos arribar incluso si se aplican categorías propias del Derecho patrimonial, como si se trata de calificar el perfeccionamiento del derecho a compensación, que es más bien una consecuencia del matrimonio, o si se trata de aplicar los criterios de ejecución propios de las obligaciones al derecho a la compensación económica, etcétera. La compensación económica también se aplica dentro de un estatuto regulatorio, como lo es el Derecho de Familia, muy diferente al Derecho Patrimonial, en el cual influyen principios substancialmente diferentes. En este sentido, las diferencias son dramáticas, como se puede apreciar de los principios del Derecho de Familia e Infancia de igualdad de los

³ Prado con Alcalde (2009).

cónyuges y de los padres, el principio del interés superior del niño, la protección de la familia, etcétera. Así, este trabajo no comparte la posición, de una parte importante de la doctrina chilena, que entiende que la compensación económica es un derecho patrimonial⁴. Nosotros consideramos absolutamente impropio el carácter patrimonial de la compensación económica, y pretendemos evidenciar su carácter extrapatrimonial, independientemente que la concreción de este derecho finalmente se traduzca en un derecho patrimonial.

3. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO COMPARADO

En el ámbito de Derecho de Familia europeo podemos reconocer modelos compensatorios como el modelo francés y español⁵, los cuales inspiraron y son fuente directa de nuestra compensación económica. Así se ha consagrado en los artículos 97 y ss. del CCE⁶ y 270 y ss. del *Code* en relación con los artículos 1079 y 1080 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés⁷. Además, existen modelos asistenciales como es el caso del derecho alemán, sistema que reconoce una detallada lista de hipótesis que posibilitan un derecho de alimentos posmatrimonial entre los cónyuges⁸. En América se ha aceptado la figura de la compensación económica, otorgándole un sustento resarcitorio, en países como Estados Unidos de América, Argentina (artículos 207 y 209 de su CC) y Perú (artículos 283 y 351 de su CC). Pero, también existen países en los cuales la compensación económica tiene una función asistencial, como sucede en Brasil.

Como se puede advertir, las posiciones que se presentan en torno a la compensación económica en el Derecho comparado son divergentes. Esta diversidad, en todo caso, como señala Gómez de la Torre, se ha ido debilitando y dando nacimiento a un cierto consenso en las legislaciones consultadas, en cuya virtud la compensación econó-

⁴ BARRIENTOS (2007) pp. 40-42 y NOVALES (2009) pp. 41-42.

En realidad es discutible que los autores precedentes entiendan a la compensación económica como un derecho patrimonial, por cuanto señalan que a este derecho no se le aplica el Libro IV del CC, sino la propia LMC. Esta suerte de contradicción en la postura que ellos presentan se debe a que lo que distingue a los derechos patrimoniales es que a ellos se les aplica el Libro IV del CC, por tener su origen en las fuentes de las obligaciones; en cambio los derechos personales o extrapatrimoniales son los que se rigen por las reglas del matrimonio y básicamente por algunas concepciones éticas, que van más allá del Derecho patrimonial. Los derechos personales desde esta perspectiva son más bien facultades y/o deberes legales que derechos y obligaciones. Esta suerte de contradicción la resuelven los referidos autores, entendiendo que se trata de un derecho patrimonial de familia; pero en realidad para ellos pareciera ser que la compensación es más bien un derecho personal. Esta suerte de contradicción es todavía más evidente en NOVALES porque interpreta la compensación económica conforme a una tesis antidiscriminación, y ello es incompatible, a lo menos en parte, con la compensación entendida como un derecho patrimonial, sin más.

⁵ No ahondaremos en esos modelos, ya que consideramos que la doctrina chilena los ha estudiado y analizado considerablemente.

⁶ Entre otros autores que se refieren al derecho español véase: BARRIENTOS (2007); LEPIN (2010); PIZARRO (2004); PIZARRO; VIDAL (2009); etc.

⁷ Véase sobre todo en cuanto a las referencias a la doctrina francesa: LEPIN (2010); PIZARRO (2004); PIZARRO y VIDAL y VIDAL (2009).

⁸ MARTINY (2004).

mica encuentra finalmente su fundamento en el desequilibrio económico que se produce entre los patrimonios de los cónyuges⁹; sin embargo creemos que, a pesar que el desequilibrio patrimonial es un requisito que debe concurrir en la compensación económica no es el elemento de la esencia que distingue esta figura de otras del Derecho de Familia, ya que la idea de compensar está ya incluida, por ejemplo, en el régimen de participación en los gananciales o en la declaración del bien familiar.

Sin perjuicio de la tesis que sostenemos en este trabajo, en términos generales, podemos decir que las discrepancias subsisten solo en cuanto a la tarea de atribuirle o no a la compensación económica un fundamento reparatorio del desequilibrio patrimonial causado por la ruptura matrimonial. Así, en el sistema español, se trata de igualar la situación patrimonial de los cónyuges en la medida que haya habido un trabajo colaborativo en el seno de la familia¹⁰; en cambio en el sistema francés pareciera que la mantención del nivel de vida que los cónyuges tenían antes del matrimonio es lo que motiva el reequilibrio que busca la compensación. A su vez, en el Derecho alemán el § 1578 Abs. 1. S. 1 prescribe que la cuantía de los alimentos se determina de acuerdo al nivel de vida matrimonial¹¹. A pesar de que no existe una definición legal del concepto de nivel de vida matrimonial¹², podemos señalar que la finalidad de la norma era proteger al cónyuge económicamente más débil del descenso social¹³.

No obstante, de las opiniones anteriores, somos de la opinión que no es el desequilibrio el factor central de esta figura en el Derecho comparado. Lo esencial en ella es la causa de su establecimiento, que no es otra que proteger y garantizar los acuerdos entre los cónyuges por los cuales se distribuye el trabajo en el seno de la familia. Estos acuerdos se generan dentro del contexto de un matrimonio, dentro del contexto de una familia, que son instituciones que poseen una naturaleza jurídica especial y compleja. Ellas configuran comunidades de vida que con el tiempo cambian y exigen nuevas regulaciones. Es por ello que aspectos personales y materiales de dichas comunidades se proyectan tras el matrimonio, como es el caso de estos acuerdos implícitos, que en definitiva van a ser garantizados por la compensación económica.

⁹ GÓMEZ DE LA TORRE (2005) p. 10.

¹⁰ En torno a la legislación española SEGURA es de la opinión que “de lo expuesto podemos ya apreciar que nuestro sistema es de matiz distinto, o si se quiere, aun cuando aparece fundado con mayor proximidad con el sistema español, tiene trazos originales. En cierto sentido es más amplio que sus precedentes. En efecto, nuestro sistema se aplica al divorcio y a la nulidad y no contempla causales que permitan el cese del derecho, ni aun en el caso de nuevas nupcias u otra convivencia. Solo en el caso del artículo 54 respecto del cónyuge culpable se permite que el juez “pueda” denegar o disminuir la compensación. Como se ve, se trata de una facultad del juez y no de un cese automático del derecho, como ocurre en los citados textos”. Igual consideración Segura plantea respecto del artículo 62.1° de la LMC chilena en relación a la solución española. La otra diferencia, que destaca el referido autor, es que en nuestro ordenamiento jurídico se excluye del derecho a la compensación al cónyuge que normalmente trabajó o que lo que hizo en un grado menor por dedicarse a la familia. SEGURA (2003) p. 117. Una opinión similar manifiestan VIDAL y DOMÍNGUEZ. VIDAL (2004) p. 283 y DOMÍNGUEZ (2007) p. 90.

¹¹ DERLEDER (1990) pp. 9 ss.

¹² BERNREUTHER (2006) pp. 431 ss.

¹³ Deutsche Bundestag Drucksache, 7/650, p. 136; OLG Düsseldorf FamRZ 1987, 162; JOHANNSEN, Kurt /HENRICH, Dieter/BÜTTNER, Helmut (2003), §1578 Rn. 2.

4. LA DOCTRINA CHILENA EN TORNO A LA NATURALEZA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Es verdad que el tratar de desentrañar la naturaleza jurídica de ciertas instituciones ha sido puesto en tela de juicio en el Derecho comparado. Esta forma de ver las instituciones jurídicas es propia de los años sesenta y setenta; pero como sostenemos una posición un tanto distinta a las que ha levantado la doctrina chilena hasta el momento, más que buscar determinar la naturaleza de la compensación económica¹⁴, nosotros pretendemos, a través de la determinación de la función que esta cumple, explicar su funcionamiento¹⁵. Resumiremos a continuación las principales teorías que se han elaborado en Chile en torno a esta figura:

4.1 NATURALEZA ALIMENTARIA

La premisa general de esta posición consiste en que la ruptura del matrimonio deja subsistentes algunos efectos, que se desprenderían del deber conyugal de socorro, que para efectos del divorcio se plasmaría en un solo acto: la compensación económica.

Los argumentos a favor de esta posición son los siguientes:

- i) La forma de pago y las consideraciones para calcular su monto son similares a la forma de determinación de los alimentos, de acuerdo a los artículos 62.1° y 65 de la LMC.
- ii) El sustento de ambas figuras es el deber conyugal de socorro.
- iii) El cumplimiento de la compensación económica, de acuerdo al artículo 66.2° de la LMC, se asimila a los alimentos.

Domínguez señala que, a la época de promulgación de la LMC, la compensación económica tenía por fundamento el deber de socorro propio del matrimonio. De este modo es indudable que ambas figuras tienen el mismo fundamento, los dos son una manifestación del deber de socorro¹⁶.

La doctrina chilena, sin embargo, mayoritariamente se ha inclinado por no darle dicho carácter a la compensación económica, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- i) En el Congreso se desechó el carácter alimentario que le daba a la compensación el Proyecto de LMC, otorgándole una función claramente resarcitoria.
- ii) La compensación, a diferencia de los alimentos, no admite su revisión.
- iii) La compensación económica procede, incluso si el cónyuge beneficiario no carece de medios para su subsistencia.
- iv) La compensación económica es eminentemente temporal, a diferencia de los alimentos.

¹⁴ QUINTEROS (2009) p. 238.

¹⁵ Véase acápite 6: La función de la compensación económica: protección de la familia, y promoción de los acuerdos de distribución del trabajo que benefician el hogar común y a los hijos.

¹⁶ DOMÍNGUEZ (2007) p. 88.

- v) Los hechos fundantes de la compensación se originan en el pasado, los de los alimentos en el presente y futuro.
- vi) Las dos fuentes más importantes de esta figura en el Derecho comparado, España y Francia, le conceden una función resarcitoria.
- vii) La compensación económica no tiene como presupuesto las necesidades de un hipotético alimentario.

Los fallos que sostienen parcialmente esta tesis son los siguientes: Corte de Apelaciones de Rancagua, de 16 de mayo de 2006, Rol N° 1603 - 2005 y Corte de Apelaciones de Concepción, de 7 de agosto de 2006, Rol N° 1451 - 2006¹⁷. El primero de estos fallos reconoce que la compensación económica no tiene su sustento en el derecho de alimentos, pero considera que en la determinación de su importe se aplican consideraciones similares a los alimentos¹⁸.

Los siguientes fallos refutan esta tesis: Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de julio de 2009, Rol N° 4558 2008¹⁹; Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 2 de marzo de 2010, Rol N° 138 - 2009²⁰ y de la Corte Suprema, de fecha 1 de julio de 2009, Rol N° 3079 - 2009²¹.

4.2 NATURALEZA RESARCITORIA

La verdad es que este sustento de la compensación económica es como una verdadera hidra de cien cabezas por cuanto de ella se desprenden una serie de posiciones, dentro de las más importantes podemos destacar las siguientes: (i) la compensación económica como un supuesto de responsabilidad civil; (ii) la compensación económica entendida como un caso de enriquecimiento sin causa; y (iii) la compensación económica como un supuesto indemnización por sacrificio. Analicemos brevemente cada una de estas doctrinas.

¹⁷ *Troncoso con Carrizo (2006)*.

¹⁸ En este sentido, la Corte de Apelaciones resuelve que “...respecto a la compensación económica, hay que dejar asentado desde luego que ella no tiene el carácter alimenticio que pretende la actora reconvenicional, sino netamente un carácter indemnizatorio, por lo menos para los efectos de establecer su procedencia, entrando a jugar solo después de ello las consideraciones más próximas a la naturaleza alimenticia, para regular su monto, pero, como se ha dicho, tal ejercicio es relevante solo una vez determinado que la indemnización es procedente”. *Reinoso con Guzmán (2006)*.

¹⁹ *Girardi con Morales (2009)*.

²⁰ *Arisemendi con Rojo (2010)*.

²¹ En este último fallo la Corte Suprema resuelve que “según previene el artículo 65 de la Ley de Matrimonio Civil, en la sentencia definitiva, además de fijar el monto a compensar por el menoscabo padecido, se debe también determinar su forma de pago. Para ello la misma disposición señala las modalidades que se pueden utilizar al efecto, las que sin ser taxativas, se refieren a diversas formas para su entero y pago. En primer lugar, se alude a la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes y en segundo término, a la constitución de derecho de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. De acuerdo a los preceptos analizados, es evidente que la compensación no es una pensión que deba ser pagada periódicamente y en forma vitalicia, pues sin calificar jurídicamente su naturaleza y teniendo presente que se busca compensar un detrimento económico, este debe traducirse en un monto fijo, racional y proporcional a las circunstancias de las partes, sin perjuicio de la forma de pago que se establezca”. *Cartes con Santis (2009)*.

i. La compensación económica como un supuesto de responsabilidad civil.

Para los seguidores de esta posición la ruptura del matrimonio daría lugar a un ilícito civil que produce daño y que consecuentemente debe indemnizarse, incluso se ha señalado que se trataría de una forma de indemnización de perjuicios por el lucro cesante²².

Las críticas a esta posición por parte de nuestra doctrina no se hicieron esperar, y fundamentalmente se pueden sintetizar en las siguientes: (i) Falta un elemento fundamental de la responsabilidad civil, cual es, la imputabilidad en los grados de culpa o dolo. Sin perjuicio de lo cual, refutando esto, algunos autores señalan que se trataría de una responsabilidad objetiva o sin culpa. (ii) La responsabilidad busca reparar un daño; en cambio la compensación económica no busca proteger un interés económico o, al menos, no directamente.

Pizarro parece ser de la opinión que la compensación económica cumple un rol resarcitorio propio de una indemnización de perjuicios²³; aunque posteriormente reconoce que la compensación económica “...no responde a la estructura y criterios propios de la responsabilidad civil”²⁴.

Esta posición resulta relevante, por cuanto su aceptación de forma general lleva a que se pueda demandar indemnización de perjuicios en el caso del divorcio culposo. En tal sentido, podría generarse una doble reparación, en el evento que se demandaran daños morales conjuntamente con la compensación económica. Así, inclinándose a favor de esta posición, algunos autores sostienen que la compensación no incluye en caso alguno la reparación de los daños originados por el cónyuge culpable al cónyuge inocente.

No es del caso tratar acá la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de deberes conyugales, pero claramente creemos que ello reviste un tratamiento excepcional en el Derecho de Familia y afecta el principio de la intervención mínima del Estado en la Familia²⁵.

²² Esta posición fue seguida por una parte importante de la doctrina chilena de forma directa o indirecta y ha recibido acogida en varias sentencias de los tribunales. BARRIENTOS se refiere en detalle a la compensación como lucro cesante, criticándola por cierto. BARRIENTOS (2007) pp. 17-20.

²³ PIZARRO (2004) p. 89.

²⁴ PIZARRO (2009) p. 31.

²⁵ Este principio está implícito en la Convención de Naciones Unidas y se aplica de forma directa o indirecta en varios ordenamientos jurídicos. En los Estados Unidos de América este principio se reconoció por primera vez en el caso “*Wisconsin v. Yoder*”. Mediante este fallo se revirtió una jurisprudencia que tendía a imponer la educación estatal sobre la educación religiosa que los padres querían para sus hijos. La sentencia acogió una solicitud de un grupo de padres de la comunidad amish para oponerse a que sus hijos continuaran sujetos a la educación pública obligatoria más allá de octavo grado. Los padres entendían que ello llevaría a que, en definitiva, los jóvenes no continuarán formándose en la cultura amish, la cual se perdería irremediamente. La Corte en definitiva valoró el derecho de los padres a determinar qué era lo mejor para sus hijos sobre las pretensiones del Estado de imponerles un tipo homogéneo de educación. En igual sentido, BURT señala que “[e]l mismo análisis puede aplicarse a decisiones recientes de la Corte Suprema que intentaron establecer “derechos de los niños” contra intervenciones estatales sin explícita referencia a los puntos de vista de los padres”. Y, en este sentido, se puede recurrir a los fallos “*Tinker v. Des Moines School District*”. BURT (2000) pp. 13-16. Prado con Alcalde (2009).

Algunos fallos han sostenido esta posición, como las sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 20 de julio de 2006, Rol N° 529-2006²⁶.

ii. La compensación económica como un supuesto de enriquecimiento sin causa.

Las críticas a la posición precedente han llevado a una parte de nuestra doctrina a levantar esta teoría como sustento de la compensación económica. Así, para los seguidores de esta posición el enriquecimiento sin causa exige una relación causal entre el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento de la otra. Igual exigencia, estaría presente en la compensación económica. De este modo, se ha entendido que no procedería la compensación económica a favor del cónyuge que se ha dedicado a la familia, si el otro no se ha enriquecido producto de la distribución del trabajo en la familia.

Algunas sentencias sostienen esta posición, como dos fallos de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, uno de 6 de diciembre del 2006, Rol N° 1016-2006, y el otro de 29 de junio de 2007, Rol N° 1317-2006²⁷.

iii. La compensación económica como un supuesto de indemnización por sacrificio.

Vidal estimó en un primer momento que la compensación económica podía considerarse como un ejemplo de indemnización por sacrificio²⁸. Fundaba dicha tesis en un trabajo de Corral, por el cual dicho autor se refería a las “indemnizaciones por afectación lícita de derechos”. Corral solo indicaba como ejemplos de dichas indemnizaciones a las que proceden en caso de expropiación o la imposición de servidumbres legales. VIDAL aplicaba esta tesis a la compensación económica, aunque posteriormente se alejó de esta idea de entender a la compensación económica como una “indemnización por sacrificio”²⁹. Esta posición se fundamenta en la tesis sostenida por Díez-Picazo³⁰ en su libro relativo al Derecho de Daños en la cual —a propósito de otras materias de Derecho Civil, tales como el modo de adquirir accesión o en materia de servidumbres— explica que las indemnizaciones por sacrificio son aquellas “compensaciones que las leyes atribuyen a determinados sujetos como consecuencia de una pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a sus titulares”³¹.

²⁶ Villegas con Ganga (2006).

²⁷ Chinchilla con Sandon (2006).

²⁸ VIDAL (2004) pp. 284-286 y (2006) pp. 251-253.

En este sentido, VIDAL señala que “[p]odría sumarse a los ejemplos propuestos por el profesor Corral el de la compensación por menoscabo económico. Ella no constituye una forma de responsabilidad civil. La expresión compensación no es sinónimo de indemnización en sentido estricto, sino de corrección, nivelación o igualación (...) El derecho a la prestación que se reconoce al cónyuge más débil se explica en último término en su sacrificio durante el matrimonio en provecho de la comunidad de vida que implica el matrimonio y el no hacer participar al otro cónyuge de su estatus económico resulta abiertamente injusto”. Se debe aclarar que CORRAL no señala que la compensación económica sea una compensación por sacrificio, en el material consultado por VIDAL, sino que aquel se refiere a esta concepción de la indemnización por sacrificio de la dogmática española y la aplica al Derecho chileno. VIDAL (2004) pp. 285-286.

²⁹ PIZARRO y VIDAL (2009) pp. 35-37.

³⁰ DÍEZ-PICAZO (1999).

³¹ DÍEZ-PICAZO (1999) pp. 56-57.

Esta doctrina ha sido objeto de fuertes críticas por cuanto recurre a una terminología que trasunta un modelo de familia que no es aceptable en una sociedad como la actual y porque la separación de roles sobre la que se construye es injusta y atenta contra una concepción solidaria de la familia³². Además, es indudable que el campo de aplicación de las indemnizaciones por sacrificio en el Derecho español e incluso en los ejemplos observados en nuestro Derecho, tales como indemnizaciones en casos de expropiación, distan de una institución como la compensación económica.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos señalar que esta posición ha sido acogida por algunas sentencias, como la de la Corte de Apelaciones de 1 de septiembre de 2010, Rol N° 3038 - 2009³³, y de la Corte Suprema, Rol N° 904 - 2009, de 27 de abril de 2009³⁴.

4.3 VARIANTES DE LAS POSICIONES ANTERIORES

Hay una serie de posiciones que tratan de compatibilizar las dos teorías precedentes. Dentro de ellas se destacan las siguientes:

i. Las que le otorgan a la compensación económica una naturaleza mixta.

De acuerdo a esta posición la compensación cumpliría principalmente un rol alimenticio, que pretende proteger al cónyuge débil de la ruptura del vínculo; pero también tendría un rol resarcitorio por cuanto la calificación del cónyuge como inocente o culpable determina la procedencia de la acción de compensación³⁵.

ii. Las que le otorgan a la compensación económica una naturaleza ecléctica.

La naturaleza de la compensación económica se determina conforme a las circunstancias que le dan lugar, es decir, al artículo 62.1° de la LMC. Como estas circunstancias pueden fundarse en consideraciones reparatorias o asistenciales, la compensación económica puede basarse exclusivamente en el derecho de alimentos (causal que se sustenta solamente en el derecho de alimentos), en consideraciones reparatorias (causal que se sustenta exclusivamente en consideraciones reparatorias) y mixtas (se sustenta en una u otra causal)³⁶.

iii. Las que le otorgan a la compensación económica una naturaleza funcional.

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 ruptura³⁷.

³² NOVALES (2009) pp. 36-38.

³³ Urrutia con Sáenz (2010).

³⁴ Vidal con Jano (2009).

³⁵ SEGURA (2003) p. 116.

³⁶ COURT (2004) pp. 98-99.

³⁷ TAPIA (2006) p. 2.

4.4 NATURALEZA REALISTA O SOCIOLÓGICA

El Derecho de Familia es uno de los campos del Derecho en el que confluyen otras disciplinas y ello ha llevado a la proliferación de interesantes teorías provenientes de la sociología, economía y antropología. La mayoría de estas teorías tienen algún sustrato ideológico, liberal, feminista o neomarxista. En Chile, sin embargo, no han proliferado estos estudios, salvo algunas excepciones, como los trabajos que han efectuado Novales y Barrientos. Es verdad que aquella considera a la compensación económica como un derecho subjetivo, personal, matrimonial y patrimonial³⁸; pero para la referida autora estas características son una consecuencia del sustento antidiscriminatorio de la figura en estudio³⁹. Por otra parte, Barrientos, que trabaja en la misma línea, funda la compensación económica en el resarcimiento de un menoscabo que se sustenta en una carencia⁴⁰.

4.5 NATURALEZA PROPIA O “*SUI GENERIS*”

Frente a tantas teorías, algunos autores se inclinan por entender que la compensación económica es una figura con naturaleza propia, que constituye una obligación legal.

En verdad estas teorías, más que determinar la naturaleza de la compensación, lo que intentan es dilucidar la relación existente entre el rol resarcitorio y asistencial, que a la compensación le concede la ley. Por lo que a continuación nos referiremos al marco regulatorio de esta figura, lo que nos permitirá poder desentrañar la relación existente entre la función resarcitoria y asistencial.

5. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO CHILENO

5.1 MARCO REGULATORIO GENERAL DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO CHILENO

A pesar que se ha señalado que la compensación económica se sustenta en la protección del cónyuge débil, nos parece que esta figura se funda en un principio aún más fundamental y global, como es el principio de la protección de la familia. Ello no es novedad en un ordenamiento jurídico que se sustenta fuertemente sobre dicho principio. Así lo establece claramente la Constitución Política de Chile en su artículo 1.2°, primera parte, disposición que se reitera en el artículo 1.1° de la LMC. En este sentido, la norma constitucional establece que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la socie-

³⁸ NOVALES (2009) pp. 41-42.

³⁹ NOVALES sugiere que se debe evitar aplicar una suerte de compensación económica automática, basada en una división de roles en virtud de la cual la mujer se queda en la casa y el marido trabaja fuera del hogar. NOVALES (2009) pp. 59-72.

⁴⁰ A este respecto BARRIENTOS señala que “[e]l ‘menoscabo económico’, que queda al descubierto al verificarse su causa legal próxima, se revela como una cierta carencia, cuya causa está en el pasado, que se revela en el presente y cuyos efectos se proyectarán en el futuro”, y la causa legal próxima del menoscabo económico, para BARRIENTOS sería la ruptura (divorcio o nulidad e incluso la separación judicial), y ello traería como consecuencias la desprotección del cónyuge que no trabajó durante el matrimonio en materia de salud y de cotizaciones previsionales. BARRIENTOS (2007) pp. 22-23. NOVALES en su trabajo profundiza esta línea de análisis. NOVALES (2009) pp. 49-57.

dad” y la disposición legal reitera lo mismo, agregando lo siguiente: “[*l*]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”.

La función garantista, que es de la esencia del Derecho Constitucional, se manifiesta en uno de los principios rectores del Derecho de Familia, como lo es su protección⁴¹. En este sentido, la doctrina chilena, como hemos visto, a raíz de las teorías que se refieren a la naturaleza de la compensación económica, no deja de reconocer que el fin último de la compensación económica es la protección del cónyuge débil.

La protección constitucional envuelve expresamente a la familia. En la doctrina chilena se ha discutido si solo se protege a la familia matrimonial⁴² o si se ampara tanto a las familias que se fundan en el matrimonio, como a las familias que no se basan en dicha institución⁴³. Con todo –y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos– la protección al matrimonio está incluida en la protección a la familia. Por ende, la protección del cónyuge más débil no es sino una concreción del principio de protección a la familia. De esta manera podemos afirmar que el matrimonio desde su inicio hasta su terminación encuentra protección en nuestra Carta Fundamental, solo así se puede entender un verdadero resguardo a la familia, y a esta fundada en el matrimonio. Y la compensación económica es una evidencia de ello, por cuanto solo tiene cabida en el matrimonio. Por otra parte, la compensación económica es una consecuencia del matrimonio, que es un derecho que está amparado en la Constitución, por aplicación del artículo 5. Así, la extensión de la protección del derecho consagrado en el inciso primero del artículo 2 de la LMC, conocido como “*ius conubii*” –derecho a contraer matrimonio–, se extiende al reconocimiento del vínculo y el derecho a negarse a contraer matrimonio⁴⁴. Este derecho, como señala De la Maza, es parte del ordenamiento jurídico chileno, como se desprende de los artículos 16.1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; 23.2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; 6.2° de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967 y 16.1° a de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Y más que las normas citadas está claro que este derecho es inmanente a la persona humana dentro de la concepción de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución⁴⁵. En igual sentido se puede argumen-

⁴¹ Este principio, aplicado al matrimonio, se plasma en la protección del cónyuge débil (artículo 3.1° de la LMC), la consagración del interés de la familia (artículo 144 del CC) e interés del niño, niña o adolescente (artículos 3.1° de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño; 3.1° de la LMC y 147.1°, 205.2°, 214.1°, 222.1°, 225.3°, 242.2°, 244.3°, 245.2°, 268.2°, 271.1°, N° 3 del CC y 16.2° de la LTF).

⁴² CORRAL (1994), p. 30.

⁴³ RAMOS (2007), p. 13.

⁴⁴ Sin perjuicio de lo señalado previamente, DEL PICÓ no entiende que este derecho esté consagrado en la LMC. A pesar de ello el referido autor indica varias manifestaciones de este derecho, como la nulidad de las cláusulas liberatorias sujetas a la condición de no casarse. DEL PICÓ (2010) pp. 1 a 27 y SALINAS (2009) p. 131.

⁴⁵ El autor además entiende que el error, como vicio del consentimiento en el matrimonio, es una de las manifestaciones de la libertad matrimonial negativa. Por cuanto “[l]a libertad matrimonial negativa supone que una persona no sea considerada como casada cuando falte alguno de los requisitos de validez del acto jurídico que origina el matrimonio, este es el campo operativo del error. Con todo, como sucedía en el caso de la LMC, pero esta vez con nuevas razones– es necesario preguntarse cuál es el error que justifica la declaración de nulidad del matrimonio”. DE LA MAZA (2005) pp. 18 y 19.

tar respecto de la discusión del matrimonio de las personas del mismo sexo que se plantea básicamente como una discusión constitucional. Así, el sustento extrapatrimonial y de derecho fundamental de la compensación económica la ubica como un derecho inherente al ser humano, y ello es consecuencia de su objetivo último: la protección de los hijos y del hogar común.

En el Derecho alemán —a diferencia de nuestro derecho— la Constitución protege expresamente en su art. 6 Abs. 1 GG⁴⁶ tanto a la familia como al matrimonio como instituciones diversas^{47 48}. Aunque ambas no están definidas por el legislador⁴⁹, el matrimonio es definido por STEINER, como “una pareja con igualdad de derechos, en que un hombre y una mujer, sobre la base de una promesa jurídicamente vinculante, asumen en una comunidad para toda la vida una responsabilidad parental común”⁵⁰. En relación con la familia, se protege, generalmente, a la familia nuclear⁵¹, esto es, la comunidad entre padres e hijos⁵². La protección constitucional del art. 6 Abs. 1 GG comprende tanto a la familia que se fundamenta en un matrimonio, como también a la comunidad entre uno o ambos padres y sus hijos, quienes no son fruto de un matrimonio entre sus padres⁵³. En resumen, en el Derecho alemán se protege como institutos tanto al matrimonio como a la familia.

5.2 MARCO REGULATORIO ESPECÍFICO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO CHILENO

En Chile la compensación económica está regulada en el Párrafo 1° del capítulo VII de la nueva LMC, en los artículos 61 a 66, y se nos presenta como una medida a favor del cónyuge que, conforme al artículo 61, primera parte, de la LMC, “*como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común (...) no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería*”. A su vez, la segunda parte de la norma citada, agrega que se tendrá derecho a ella “*...cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio (a que) se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa*”. A pesar de que la ley crea la figura, no la define. Sin embargo, el artículo 61 de la LMC establece claramente cuál es el supuesto de aplicación de la compensación económica: “el que uno de los cónyuges se dedique al cuidado de los hijos o del hogar común”. Por otra parte, la compensación económica no existe, en cuanto noción, fuera del contexto del divorcio o la nulidad de matrimonio y en especial del menoscabo

⁴⁶ Art. 6 Abs. 1 S. 1 GG “Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung”.

⁴⁷ BVerfGE 10, 59, 66.

⁴⁸ BVerfG NJW 1993, 3316, 3317.

⁴⁹ OTT (1998), p. 117.

⁵⁰ STEINER, FS Schwab (2005) p. 442; BVerfG FamRZ 1980, 319, 323.

⁵¹ También pertenecen los hijos adoptivos, los hijastros y los hijos acogidos. KINGREEN, Jura (1997) p. 402.

⁵² BVerfGE 10, 59, 66; BVerfGE 48, 327, 339; BVerfGE 80, 81, 90.

⁵³ Tanto la comunidad entre madre e hijos nacidos fuera del matrimonio como la comunidad entre padre e hijos no matrimoniales son reconocidas. BVerfG FamRZ 2006, 385 (Anm. Luthin, 386).

económico que de ellos hayan generado⁵⁴. La compensación económica es un derecho dependiente del divorcio y la nulidad, pero no solo en cuanto a su existencia, sino también respecto de la regulación de su contenido.

6. LA FUNCIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA: PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, Y PROMOCIÓN DE LOS ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN DEL TRABAJO QUE BENEFICIAN EL HOGAR COMÚN Y A LOS HIJOS

El fundamento último de la compensación económica se encuentra inmediatamente en la protección del cónyuge más débil. Esencialmente el sentido de esta institución proviene de la protección de la familia, por cuanto esta figura básicamente protege al cónyuge que se queda en el hogar común, en beneficio de los otros integrantes de la familia, permitiendo al cónyuge, que pospuso su desarrollo laboral o profesional por la familia, tener acceso a los beneficios que dicha acción produce en el patrimonio del otro cónyuge. Esta justificación de la compensación económica se sustenta en un análisis conjunto de los artículos 61 y 62 de la LMC. Así, la funcionalidad económica de la compensación económica está dada por la distribución del trabajo, en el seno de la familia, con miras a la protección del hogar común y sobre todo de los hijos comunes. Ello es evidente desde que el principio del interés superior del niño es el gran principio del Derecho de la Infancia y consecuentemente con ello, de haber hijos, este principio justifica la aplicación de la compensación económica y su contenido, por lo menos en una de las hipótesis propuestas por el legislador en el artículo 61 LMC.

Por ello, no nos preocupa el que la doctrina chilena, ni la comparada no haya terminado en ponerse de acuerdo en torno a la naturaleza de esta figura⁵⁵; por cuanto nos hemos permitido levantar una justificación funcional y objetiva de ella. Es funcional y objetiva porque ella no depende del tipo o clase de unión que tengan los cónyuges, como ha sostenido alguna doctrina, sino fundamentalmente del sustento último de esta figura. De este modo, creemos que la compensación económica busca lograr acuerdos eficientes, que permitan que un cónyuge pueda renunciar a la vida laboral o profesional de forma temporal o definitiva para dedicarse al cuidado de los hijos o al hogar común.

⁵⁴ La mayoría de la doctrina que ha tratado este tema es de la opinión que la compensación económica solamente opera en el divorcio y la nulidad y no lo hace en la separación judicial. PIZARRO (2004) p. 94. Esto sucede a pesar que el capítulo VII, que regula esta figura, se titula “*De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio*”, por lo que habría una clara impropiedad en el nombre del capítulo por cuanto a lo menos el párrafo 1º no se aplicaría a la separación judicial. En otros ordenamientos jurídicos la compensación económica opera en la separación judicial. Así sucede en España, aunque dicha inclusión no ha estado exenta de críticas. En este sentido, BARRAL señala que “[e]sta norma encaja (se refiere a la norma que aplica la compensación económica a la separación de bienes) mal en el contexto del régimen de separación de bienes ya que contradice la total incomunicación de patrimonios que le es propia...”. Lo señalado entre paréntesis es nuestro. BARRAL (2000) p. 149.

⁵⁵ BARAONA a este respecto señala que “[e]n general, a los abogados poco nos interesa la naturaleza jurídica de las cosas, pues nos interesa más la cuestión práctica. Por lo tanto, muchas veces es más útil preguntarse por la función de una institución (efectos y consecuencias prácticas que produce) que por su naturaleza...”. BARAONA (2009) p. 5.

Esta es la función de la compensación económica que es económica y social y que, por regla general, se concretiza en una función resarcitoria, pero que puede ser perfectamente asistencial de forma subsidiaria o complementaria. Sin embargo, la función asistencial no escapa de los criterios resarcitorios establecidos en el artículo 61 de la LMC, los que determinan la procedencia de la compensación. La función resarcitoria, como sucede también en un sistema de responsabilidad civil, distribuye los beneficios entre el cónyuge, que se ha beneficiado de la división de funciones del matrimonio, y el que ha optado por apoyar al otro cónyuge o dedicarse a los hijos. La compensación económica entonces lo que busca es hacer ejecutable estos acuerdos, que de no mediar esta figura se harían más difíciles. A falta de la regulación actual, solo las parejas previsoras de un eventual quiebre podrían celebrar un pacto –en que regulasen su situación patrimonial y compensasen determinadas pérdidas o desventajas económicas de alguno de los cónyuges– con miras a que uno de los padres se dedique al hogar común o al cuidado de los hijos. Estos pactos, aún en legislaciones comparadas, son de escasísima aplicación; y a falta de regulación expresa en nuestro Derecho, incluso podría sostenerse la nulidad de estos pactos. Por otra parte, muy pocos contrayentes quieren regular la ruptura de su relación. Los cónyuges de no mediar la compensación económica, ni la sociedad conyugal o la participación en los gananciales –figuras que también cumplen este fin– no tendrían ningún incentivo para llegar a acuerdos eficientes y dedicarse al cuidado de la familia. Por ello, el régimen de separación de bienes hace que la importancia de la compensación económica sea fundamental. De este modo, la compensación económica es un resguardo para celebrar acuerdos de distribución del trabajo, que beneficien a la familia, sobre todo de haber separación de bienes.

La lógica de nuestra legislación es la siguiente: la distribución del trabajo entre los cónyuges es como si ellos suscribiesen un acuerdo presunto, que es renunciable por regla general, de repartir los beneficios que de ello se obtengan en la forma establecida por la ley. De proceder de esta forma, los cónyuges se adscriben a un estatuto jurídico particular que se denomina compensación económica. Pero el estatuto jurídico protector no solo tiene una función resarcitoria, por lo cual se reparte el beneficio que la familia obtiene de la distribución del trabajo, sino que cumple una función adicional que es asistencial. Así, de producirse esta suerte de acuerdo implícito o presunto, se extiende la protección al cónyuge beneficiario que esté en una situación de necesidad.

7. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 62 DE LA LMC COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL SENTIDO ASISTENCIAL COMPLEMENTARIO O EXCLUYENTE DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

A falta de acuerdo, será el juez el que determinará la procedencia de la compensación económica y su monto (artículo 64.1° de la LMC). Ambos aspectos son materia de pronunciamiento judicial, o sea, la determinación de cómo se cumplen los requisitos de la compensación económica y los criterios específicos para determinar su cuantía. En este trabajo nos detendremos solamente en estos últimos criterios.

Los criterios para determinar la existencia y cuantía del menoscabo, que da lugar a la compensación económica, están fijados en el artículo 62 de la LMC. Esta norma establece que “[p]ara determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”⁵⁶. La doctrina está de acuerdo en que estos criterios no son taxativos y que el juez podría recurrir a otros, en la medida que ellos se desprenden de la naturaleza resarcitoria o asistencial de la compensación económica⁵⁷. Independientemente que la naturaleza extrapatrimonial de esta figura no excluye criterios patrimoniales o resarcitorios en la evaluación, el sustento de ella es ético o moral: la protección de acuerdos que el Derecho busca promover, como son los que van en beneficio de la familia. Sin embargo, el sustento asistencial juega solo en la determinación de la cuantía y, por ende, no es un criterio de procedencia de la compensación económica como se desprende claramente del artículo 61 de la LMC. En contra de esta posición se pronuncia Corral para el cual el artículo 62 de la LMC no solo determina los criterios del importe de la compensación económica, sino que también fija la procedencia de la compensación. En este sentido esta posición minoritaria se pronuncia por una autonomía del artículo 62 de la LMC respecto del artículo 61 del mismo cuerpo legal⁵⁸. Analizando los

⁵⁶ En torno a la compensación cabe hacer referencia a las indicaciones N° 175, de los Senadores BOMBAL, CHADWICK, COLOMA y LARRAÍN, y N° 176, del Senador Novoa, de carácter sustitutivo. Ellas buscaban que la compensación tuviera lugar cuando el aporte –que justificaba la comparación y que representaba la mayor dedicación de uno de los cónyuges– no estuviere reflejado equitativamente en la liquidación del régimen de bienes. La indicación también pretendían suprimir la referencia al divorcio.

⁵⁷ TURNER (2005) p. 488.

⁵⁸ Este autor señala supuestos, que dan lugar a la compensación económica, como enfermedad de uno de los cónyuges, independientemente que un cónyuge se haya dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común. Sin embargo, si el cónyuge beneficiario no se ha dedicado al hogar común o al cuidado de los hijos, la enfermedad no puede ser cubierta por la compensación económica; es más, esta posición solo es compatible con entender que la compensación económica es de naturaleza alimenticia, criterio que no comparte el referido autor. Sin perjuicio de ello no parece razonable que en el supuesto precedente el cónyuge débil –es decir, el cónyuge enfermo o sin recursos económicos– quede absolutamente abandonado a su suerte. En este supuesto tal vez debe plantearse la posibilidad de fijar derechamente una pensión de alimentos que sobreviva al divorcio o nulidad de matrimonio.

Esta posición doctrinal también es adoptada por GUERRERO, en cuanto establece “[p]or lo anterior, el artículo 62, cumple una doble función: a) cuantificar un caso de menoscabo económico especialmente determinado en el artículo 61 y, además, b) autónomamente definir otros supuestos de procedencia o existencia –como señala el propio artículo– de menoscabo económico que nacen producto del término de la relación matrimonial” (...). La interpretación propuesta permite superar los inconvenientes y derechamente injusticias que presenta una aplicación estricta de los artículos 61 y 62 de la LMC, exigiendo como supuesto necesario de la compensación económica, por ejemplo, el caso de la mujer que “trabaja en doble jornada tanto cuanto puede y quiere, o bien una mujer inválida que no puede hacerse cargo de los hijos o el hogar común por su incapacidad”.

A esta corriente se adscribe con matices BARAONA, al entender que los cónyuges se sujetan sin más al estatuto regulatorio de la compensación económica. De este modo, BARAONA explica su posición señalando que “[s]in embargo, hay doctrinas que han mirado las cosas de otra manera, teniendo presente la

supuestos establecidos en el artículo 62 de la LMC podemos señalar que la no taxatividad de estos se desprende de la utilización, en la norma precedente, de la palabra “*especialmente*”⁵⁹. A diferencia de lo que ha hecho la doctrina chilena hasta este momento⁶⁰, creemos que estos criterios deben separarse conforme a sus distintas funciones:

7.1 CRITERIOS RESARCITORIOS

i. La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges tiene que ver con una función reparatoria, por la cual a mayor duración del matrimonio y de la vida en común mayor será la cuantía.

No entraremos a analizar lo que se ha entendido por esta causal, por cuanto ello nos aleja del objetivo de nuestro trabajo⁶¹.

funcionalidad que tiene la norma. Porque la verdad de las cosas es que leídas ambas disposiciones (*se refiere a los artículos 61 y 62 de la LMC*) con el criterio mayoritario, la causa que admite la compensación económica es bastante estricta: la dedicación al trabajo doméstico, con menoscabo del desarrollo profesional; queda oscurecido así, el hecho generador de este impacto económico, que no es del pasado, sino del presente, me refiero al efecto que sobre el cónyuge menoscabado recae luego del divorcio o la nulidad, como consecuencia de la pérdida del estatuto protector del matrimonio. Entonces, uno podría pensar que hay otras causas que deberían dar lugar a la compensación que no deban estar necesariamente asociadas al hecho de dedicarse al hogar común, postergando su desarrollo profesional” (lo señalado entre paréntesis es nuestro). BARAONA (2009) p. 12; CORRAL (2007) p. 27 y GUERRERO (2008) pp. 85-110.

⁵⁹ En ello está de acuerdo toda la doctrina relevante sobre esta materia. BARRIENTOS y NOVALES (2005) pp. 425-426; CORRAL (2007) p. 29; PIZARRO (2004) p. 98.

⁶⁰ La doctrina ha clasificado de diversas formas los criterios para determinar el valor de la compensación. Así, PIZARRO distingue los siguientes criterios: (i) Criterios vinculados al matrimonio, como la vida en común y la duración del matrimonio. (ii) Criterios vinculados al cónyuge deudor. (iii) Criterios vinculados al cónyuge beneficiario, como su desmejorada situación patrimonial. PIZARRO (2004) pp. 96-98.

⁶¹ Sin embargo, respecto de los alcances de esta causal, se han mantenido dos interpretaciones. En virtud de la primera lo que prima es la vida en común de los cónyuges. En caso que los cónyuges hayan estado casados diez años, pero hayan convivido solo dos, solo deberían contabilizarse para los efectos de la valoración de la compensación económica dos años. Este es el criterio seguido por TURNER. Una segunda corriente doctrinal sostiene una posición inversa, a la precedente, y señala que cualquiera de las dos circunstancias son decisivas para determinar el monto de la compensación. CORRAL (2007) p. 31. TURNER, además señala una tercera interpretación del artículo 62.1° de la LMC por la que se entiende que la primera circunstancia se aplica al divorcio y la segunda a la nulidad. TURNER (2005) p. 494. Finalmente, creemos que es posible levantar una cuarta interpretación. El artículo 62.1° de la LMC utiliza la conjunción “y”, por lo que exige que concurren ambas situaciones; para que sea posible sostener la segunda interpretación la norma debió utilizar la disyunción “o”. Pero este criterio de interpretación gramatical, que le da la razón a la primera interpretación, no es suficiente y se debe recurrir a un elemento de interpretación sistemático, que se obtiene del artículo 61 de la LMC. Los criterios “*duración del matrimonio*” y “*vida en común*” deben entenderse como el tiempo en que el cónyuge beneficiario pudo velar por la familia. De esta forma, en caso que uno de los cónyuges esté al cuidado de los hijos, entonces, se podrá recurrir a ambos criterios para determinar la extensión del importe de la compensación. En este supuesto no interesa que los cónyuges estén separados y se tomará en consideración el tiempo de duración del matrimonio, pero solo en la medida que el cónyuge beneficiario se haya ocupado de los hijos. A su vez, en caso que el cónyuge beneficiario esté al cuidado del hogar común solo se debe computar el tiempo de vida en común. Ello es evidente desde que mal puede haber “*hogar común*” si los cónyuges están separados. Incluso ello podría ocurrir en caso que no hayan hijos y los cónyuges estén separados, pero el cónyuge beneficiario se ocupó de su otro cónyuge que padecía de una grave enfermedad. En este caso, la dedicación del cónyuge beneficiario puede estimarse como similar a la destinada al hogar común. Sin perjuicio de lo anterior, es indiscutible que si el matrimonio ha durado poco la compensación económica no procede. GÓMEZ DE LA TORRE (2005) p. 14.

ii. La colaboración que hubiere prestado el cónyuge beneficiario a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Esta circunstancia está inspirada en el Tribunal Supremo español, que ha concedido pensiones compensatorias por dicho concepto. En realidad, aunque se señala que este no es un criterio resarcitorio, ni asistencial⁶², creemos que tiene un marcado carácter resarcitorio. De este modo, se compensa el trabajo que el cónyuge beneficiario haya hecho en favor de las actividades onerosas del otro cónyuge. Este criterio difiere de los anteriores, ya que no guarda una relación directa con que el cónyuge beneficiario se haya dedicado a las labores del hogar o de crianza de los hijos, sino precisamente en que su trabajo ha ayudado al aumento patrimonial del otro cónyuge –es decir, le ha generado un menoscabo, producto de un enriquecimiento injusto del cónyuge deudor–.

7.2 CRITERIOS ASISTENCIALES

i. La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario.

La doctrina ha relacionado esta circunstancia con la capacidad laboral futura y la pérdida del coste de oportunidad del alejamiento del mercado del cónyuge beneficiario⁶³. Así, por ejemplo, la edad en un deportista o en una modelo es muchísimo más relevante que en otra clase de actividades profesionales. Pero también esta circunstancia se relaciona con la opción de volver a casarse, en el sentido que una persona que vuelva a casarse será nuevamente amparada por el estatuto protector del matrimonio. La circunstancia que el cónyuge beneficiario esté en una edad en que no quiera volver a casarse debe elevar la cuantía de la compensación económica. El trasfondo de este criterio es claramente asistencial, pero no es absoluto por cuanto puede concurrir con otras circunstancias que deben ser analizadas conjuntamente, en la medida que ellas sean pertinentes.

ii. La situación del cónyuge beneficiario en materia de beneficios previsionales y de salud.

La LMC no se refirió directamente a las facultades del juez en torno a los fondos previsionales del cónyuge-deudor, ni a la cobertura de salud que cubría respecto del cónyuge beneficiario. Al respecto Turner señala que en el Derecho comparado se ha planteado que en la medida que los fondos previsionales hayan sido generados durante el matrimonio y gracias a la división del trabajo que hicieron los cónyuges, el cónyuge beneficiario tendría derecho a parte de tales fondos^{64 65}. El artículo 62.1° de la LMC no

⁶² TURNER (2005) pp. 506-507.

⁶³ TURNER (2005) p. 500.

⁶⁴ TURNER (2005) p. 502.

⁶⁵ En el Derecho alemán existe una singular institución, dentro de los efectos jurídicos del divorcio, que alude especialmente a la compensación de fondos previsionales denominada “*Versorgungsausgleich*”. Esta institución se funda en la misma idea del régimen de participación en los gananciales, es decir, comparar el activo patrimonial de ambos cónyuges para luego compensar al cónyuge cuyo patrimonio es menor, a través de un crédito.

hacía referencia a este problema, solo se remitió a la situación previsional y de salud del cónyuge beneficiario para los efectos de la compensación económica, por lo que se hizo necesaria una reforma legal que autorizó al juez a intervenir los fondos de pensiones⁶⁶.

Este supuesto puede jugar de dos formas. De una manera general, conforme a la cual es necesario equilibrar los patrimonios de los cónyuges, tomando en cuenta su situación actual –conforme a su situación pasada– para proyectar hacia el futuro su situación previsional y de salud⁶⁷. Pero, en una segunda vertiente, este criterio se aplica en situaciones excepcionales en que el cónyuge beneficiario está en una situación de salud de desamparo, como si tiene una enfermedad terminal o está parapléjico –en la medida que se cumplen los requisitos de procedencia de la compensación establecidos en el artículo 61 de la LMC–. En estos últimos supuestos la función asistencial de la compensación económica, en la determinación de la cuantía, puede ser excluyente y no complementaria a un criterio netamente resarcitorio⁶⁸. Este análisis es una de las consecuencias de ver a la compensación económica como una figura protectora de la familia, por cuanto su función puede ser en cuanto a la determinación de su monto –aunque de forma muy excepcional– excluyente en relación a los criterios resarcitorios. Así, el criterio resarcitorio solo jugaría como una de las exigencias para aplicar la compensación económica, conforme a lo establecido en el artículo 61 de la LMC; pero el juez debe considerar en la determinación del importe solo la situación asistencial del cónyuge beneficiario y la situación del patrimonio del cónyuge deudor se considera –como se hace en los alimentos– simplemente para no establecer situaciones ilusorias hacia el futuro, que no solucionarán la situación asistencial del cónyuge beneficiario al establecer un derecho inejecutable a su favor.

En resumen, lo esencial en estos últimos supuestos es la situación de desamparo del cónyuge beneficiario y no el desequilibrio patrimonial.

7.3 CRITERIOS MIXTOS (RESARCITORIO Y ASISTENCIAL)

i. La situación patrimonial de los cónyuges.

Este criterio se ha considerado como netamente asistencial, por cuanto opera de forma muy similar a los alimentos.

⁶⁶ Así, la Ley N° 20.255 de marzo del 2008, que crea el Sistema de Pensiones Solidarias, en su artículo 80 otorgó al juez facultades para transferir parte de los fondos previsionales al cónyuge beneficiario. En este sentido, la norma precedente dispone que “*al considerar la situación en materia de beneficios previsional es a que se refiere el artículo 62 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir esta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto. Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio*”.

⁶⁷ BARRIENTOS (2007) pp. 22-28 y NOVALES (2009) pp. 49-52.

⁶⁸ Sin embargo, en esta situación también se debe considerar la situación del patrimonio del cónyuge deudor –no porque lo exija el artículo 62 de la LMC, cuando se refiere a la situación patrimonial de los cónyuges–, sino tan solo porque en el espíritu de la LMC está el no establecer soluciones que no sean sustentables en el futuro.

Sin embargo, creemos que este criterio tiene un trasfondo resarcitorio o reparatorio del desequilibrio patrimonial.

Por otra parte, la doctrina ha destacado distintos problemas en torno a la calificación de la situación patrimonial de cada cónyuge. La circunstancia que el cónyuge deudor carezca de bienes o sean escasos es de relevancia en la calificación de la situación patrimonial del cónyuge⁶⁹.

La determinación de la compensación económica, para la mayoría de la doctrina, no influye en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio. Esta es la opinión de Pizarro, Turner, Gómez de la Torre y Vidal, que se inclinan por la procedencia de la compensación económica, independientemente del régimen patrimonial del matrimonio⁷⁰. Pero el resultado de la liquidación de los regímenes patrimoniales, señalados precedentemente, sí afectan la determinación de la cuantía. Ello se debe a que la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio puede evitar el menoscabo patrimonial, que exige el artículo 61 de la LMC para que opere la compensación económica⁷¹. En este sentido, la sentencia de divorcio o nulidad debería liquidar el régimen patrimonial del matrimonio y acto seguido determinar el monto de la compensación económica, en la medida que proceda dicha compensación. Sin embargo, puede que ello no sea de esta forma por cuanto el juez, si las partes no solicitan la liquidación o la prueba es insuficiente, no podrá liquidar el régimen patrimonial⁷². A pesar de lo anterior el juez deberá, de igual forma, anticipar la liquidación del régimen patrimonial para pronunciarse sobre la compensación económica⁷³. La doctrina está dividida en torno a si procede la compensación económica en caso que hayan gananciales que repartir entre los cónyuges, como sucede en los regímenes de sociedad conyugal y participación en los gananciales. En resumen, existen a lo menos tres posiciones. Para la mayoría de los autores esta figura es independiente del régimen patrimonial del matrimonio; en cambio para otros autores la compensación económica no procede de haber sociedad conyugal o participación en los gananciales⁷⁴. Pero también hay una tercera postura por la cual el juez debe evaluar si

⁶⁹ Esta es la posición de VELOSO. VELOSO (2006) p. 32. En contra de esta posición están RODRÍGUEZ y CORRAL. Este último autor señala que “...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”. CORRAL (2007) p. 32.

⁷⁰ En este sentido, VIDAL se remite al Informe de la Constitución y a la posición del senador ESPINA contenida en dicho Informe. Este último es de la opinión que el menoscabo económico se proyecta hacia el futuro y se basa fundamentalmente en los años que el cónyuge no trabajó. GÓMEZ DE LA TORRE (2005) p. 13; PIZARRO (2004) p. 93; TURNER (2005) p. 495 y VIDAL (2004) p. 275.

⁷¹ TURNER (2005) pp. 495-496.

⁷² Es sabido que en la práctica los jueces rara vez liquidan el régimen patrimonial, dejando la liquidación al acuerdo de las partes o a la justicia arbitral.

⁷³ VELOSO (2006) p. 184 y PIZARRO (2004) p. 93.

⁷⁴ De este modo PIZARRO sostiene que en cualquier caso opera la compensación económica; en cambio RODRÍGUEZ señala que de haber gananciales no opera esta figura. PIZARRO, al respecto, indica que “...la compensación económica procede con independencia del régimen patrimonial vigente en el matrimonio. No se trata de compartir el haber común del matrimonio, sino de compensar aquello que no pudo ingresar al patrimonio del beneficiario por haberse consagrado al cuidado del hogar y de los hijos, de manera tal que hacia el futuro no se vea desmedrada su situación económica”. PIZARRO (2004) p. 93.

el monto a enterar por los gananciales, en atención a las reglas que regulan la compensación económica, la excluye⁷⁵.

Sin perjuicio de las posiciones precedentes, nos inclinamos por una cuarta posición. La compensación económica exige una correlación entre enriquecimiento –producto del apoyo del cónyuge beneficiario– y el empobrecimiento o exclusión de los beneficios del cónyuge beneficiario, que se diferencia con el enriquecimiento sin causa. La compensación económica exige una comparación de pasivos y activos, es decir, lo que se correlaciona es la situación patrimonial (activo menos pasivo) de cada uno de los cónyuges. Esto último no acontece en el enriquecimiento sin causa en que lo que se comparan son activos. Ello se desprende de los factores que determinan la avaluación de la compensación. De esta forma, el artículo 62.1° de la LMC indica, dentro de los factores que determinan el importe en la compensación económica, “*la situación patrimonial de ambos*” cónyuges. Pero en caso de existir gananciales el juez está obligado a compensar los patrimonios entre los cónyuges, tomándolos en cuenta, lo que deja poco margen para que opere la compensación económica, ya que el beneficio de lo obtenido durante el matrimonio se repartirá en los gananciales. Sin embargo, igualmente procederá la compensación económica en la medida que tenga un sustento netamente asistencial por cuanto en estos casos la compensación económica no atiende estrictamente al patrimonio de los cónyuges, sino que a las necesidades del cónyuge beneficiario, pero considerando la situación del patrimonio del cónyuge deudor. En este sentido, somos de la opinión que la compensación económica en este supuesto se aplica de una forma muy similar a los alimentos.

ii. La calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario.

Para algunos autores este es un criterio asistencial, sin embargo, también tiene un fuerte contenido reparatorio. Es asistencial porque puede ser que el cónyuge beneficiario no esté en condiciones de ingresar al mercado a pesar de su calificación profesional⁷⁶. Pero también es reparatorio porque al cónyuge beneficiario se le resarce por haber quedado fuera del mercado. Y para determinar la cuantía se recurre a su cualificación profesional y su posibilidad de acceso actual al mercado. En su vertiente reparatoria esta circunstancia no corresponde a una suma equivalente a lo que habría recibido el cónyuge beneficiario si hubiese podido trabajar, sino en una prestación que permita su retorno. Por ejemplo, podría ser parte de la compensación económica un programa de postgrado, que se concede al cónyuge beneficiario y que le permitirá actualizarse y valerse por sí mismo en el futuro. Turner es de la opinión que estos dos elementos, que permiten analizar la situación del cónyuge beneficiario, se deben descomponer. Ello permite distinguir, siguiendo a la doctrina española, entre desequilibrio económico perpetuo y coyuntural. Este último desequilibrio es temporal y, por ende, limitado en el tiempo⁷⁷.

⁷⁵ De esta opinión es SEGURA. SEGURA (2003) p. 122.

⁷⁶ TURNER (2005) p. 503.

⁷⁷ MORENO-TORRES HERRERA (2005) p. 191.

7.4 CRITERIO PUNITIVO EN LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA: LA BUENA O MALA FE DE AMBOS CÓNYUGES

A pesar que no estamos de acuerdo con este criterio, resaltamos su importancia por cuanto este no solo sirve para determinar el importe (aumentándolo o reduciéndolo), sino también para excluir la compensación económica. Nuestros reparos a este criterio no solo obedecen a que ha sido desechado en la mayoría de los Derechos; sino que no es respetuoso con el principio de la intervención mínima del Estado en la Familia y de un Derecho de Familia construido sobre el respeto de los derechos fundamentales. La mala fe que impediría, reduciría o ampliaría la compensación económica, dice relación con el conocimiento de la causal de nulidad de matrimonio, que puede haber tenido tanto el cónyuge beneficiado, como el deudor⁷⁸. En el divorcio, en cambio, se puede entender que la mala fe dice relación con la mayor o menor culpabilidad que pudo haber tenido el cónyuge beneficiario (como causal de reducción y agravación de la cuantía o extinción de la compensación económica). Esta materia está regulada en la LMC en dos partes diferentes del artículo 62 de la LMC. El primer supuesto, al que se refiere el artículo 62.1° de la LMC, es “*la buena o mala fe*” (supuestos que constituyen los criterios que estamos analizando para determinar el importe) y el segundo, está regulado en el artículo 62.2° de la LMC. Esta segunda regulación se aplica respecto del cónyuge culpable del divorcio, que puede perder su derecho a la compensación o ser disminuido prudencialmente por el juez. Así, no parece razonable que el artículo 62 de la LMC recurra en dos ocasiones a la mala fe del cónyuge beneficiario, como causal de rebaja de la pensión compensatoria. Sin embargo, el inciso 2° es más restringido, en su ámbito de aplicación, que el inciso 1°, por cuanto este procede también respecto de la nulidad. Una segunda diferencia es que en el inciso primero no solo se refiere a la mala fe, sino también a la buena fe por lo que dicho inciso considera la buena fe del cónyuge beneficiario para aumentar el importe de la compensación. Una última forma de diferenciar el ámbito de aplicación de estos incisos, que se refieren a la mala fe del cónyuge beneficiario, es entender que el artículo 62.1° de la LMC no exige la calificación del cónyuge beneficiario como culpable, por cuanto dicha circunstancia estaría contemplada en el artículo 62.2° de la LMC⁷⁹.

Sin perjuicio de lo anterior reiteramos que, en el Derecho comparado, la tendencia es a no incluir criterios de imputabilidad en la compensación económica. Esta tendencia es una manifestación del rechazo a la intervención del Estado al interior de la

⁷⁸ La doctrina entiende que la buena fe no se refiere solo al demandante, sino a ambas partes a falta de una referencia explícita de la norma. TURNER (2005) p. 500. Sin perjuicio de lo cual, GÓMEZ DE LA TORRE entiende que la buena o mala fe se refiere al cónyuge beneficiario en la medida que ha provocado la ruptura. GÓMEZ DE LA TORRE (2005) p. 14.

⁷⁹ La referida norma faculta al juez para denegar o reducir prudencialmente el monto de la compensación respecto del cónyuge culpable. Esta es la única interpretación posible, si no se quiere entender que simplemente se trata de una reiteración. En contra está TURNER que entiende que una graduación de la culpa, que lleve a determinar el monto de la compensación, exige el reconocimiento de dicha graduación. TURNER (2005) p. 499. Por otra parte, otros autores, como CORRAL, simplemente entienden que la buena o mala fe del cónyuge beneficiario no influye por cuanto a este se le aplica el artículo 62.2° de la LMC.

familia y en esta materia se traduce en preferir consideraciones objetivas para determinar la cuantía de la compensación⁸⁰. Por último, al cónyuge beneficiario no le basta con acreditar alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 62.1° de la LMC, sino que ellas se deben traducir en un menoscabo en los términos del artículo 61 de la LMC⁸¹. De esta forma el demandante debe cumplir con una doble prueba.

7.5 FALLO DE LA CORTE SUPREMA

El criterio sostenido en este trabajo en torno a la relación entre la función resarcitoria y asistencial complementaria o excluyente de la compensación económica, ayuda a resolver de mejor manera la determinación de la cuantía. A este respecto, podemos destacar una interesante sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, de fecha 26 de octubre de 2009, en autos Rol N° 6367-2009, que resuelve la tensión entre el rol resarcitorio y asistencial de la compensación económica, de forma cercana a la planteada en este trabajo. De este modo, referido fallo resolvió, en sus considerandos sexto a octavo, que “...lo anterior, lleva a concluir que efectivamente la actora ha sufrido perjuicio en los términos que se han señalado, el que debe ser resarcido, al configurarse en la especie, los presupuestos legales de la institución en estudio, estableciéndose la procedencia de la compensación demandada.

Séptimo: Que en este aspecto, cabe tener presente que la actora reconventional ha acompañado en esta sede prueba instrumental, consistente en: a) certificado médico emitido por doña Marta Inostroza Apablaza, psiquiatra, el que consigna que la demandada padece de una depresión crónica irreversible, con frecuentes recaídas por situaciones materiales y que no se ha logrado revertir el insomnio, stress, angustia e inseguridad, en relación a lo económico y emocional; b) certificado médico y protocolo operatorio, que dan cuenta que doña Ana Ordóñez Carvallo fue sometida a un reemplazo ventricular mitral por una prótesis biológica y c) detalle de deudas de la misma, otorgado por ejecutiva de Banco Edwards.

Octavo: Que no habiéndose producido acuerdo entre las partes, corresponde al tribunal fijar la cuantía de la reparación reclamada, para lo cual se tienen en consideración, los elementos que señala el artículo 62 de la Ley 19.947, teniendo *especial relevancia en la especie la duración del matrimonio y de la vida en común de las partes, su edad y situación previsional y, en particular, el precario estado de salud de la beneficiaria*, según se desprende de las probanzas referidas en el motivo anterior. Lo anterior, a fin de que el importe que se asigne a la referida compensación pueda reparar el menoscabo económico sufrido por la cónyuge, en los términos que se ha descrito en el motivo tercero”^{82 83}.

⁸⁰ La manifestación más evidente de esta tendencia es la consagración del divorcio remedio sanción y el rechazo al divorcio sanción. SAURA (2004) pp. 32-33.

⁸¹ TURNER (2005) p. 490.

⁸² Lo destacado en cursiva es nuestro. Zieleniewicz con Ordóñez (2009).

⁸³ También se han enfrentado a este problema los siguientes fallos:

i. Un fallo de Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 9 de marzo del 2010, Rol N° 258 - 2009, que resolvió que “[p]uede concluirse inequívocamente y sin lugar a dudas (...) que la compensación económica responde al significado que da la Real Academia Española en su segunda acepción, esto es, “Dar algo o

8. MANIFESTACIONES DEL CARÁCTER EXTRAPATRIMONIAL DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN CONFORMIDAD AL ROL RESARCITORIO Y/O ASISTENCIAL COMPLEMENTARIO O EXCLUYENTE

A continuación describimos e intentamos solucionar dos problemas que surgen en torno a la compensación económica desde la perspectiva bajo la cual hemos intentando fundar y explicar esta figura:

8.1 FUNCIÓN QUE CUMPLE LA INEMBARGABILIDAD DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Esta forma de ver la compensación económica explica los alcances de la inembargabilidad establecida en el artículo 65, N° 2, segunda parte, de la LMC. Dicha norma contempla una suerte de inembargabilidad sobre la compensación, aunque limitada, en los siguientes términos: “[e]n la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades: 2° Constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo”. Algunos autores critican esta disposición, y, de cierta manera, están en lo cierto, pero solo si se entiende que este derecho es meramente resarcitorio. En todo caso, la inembargabilidad no alcanza a las obligaciones que, antes de la constitución del derecho real, haya celebrado el cónyuge propietario. Sin embargo, lo curioso de esta suerte de paternalismo –que se establece al final de la norma precedente, al disponer que los acreedores del cónyuge beneficiario no pueden embargar el derecho real en que se concretiza la compensación económica– se puede restringir a la función asistencial de la compensación económica. De este modo, el ámbito de protección de la norma no debe extenderse al cónyuge beneficiario, si este por ejemplo, estando en una posición acomodada, constituye una hipoteca sobre el derecho de usufructo. En este caso, el bien es perfectamente embargable; con todo, si dicho bien provee para una modesta subsistencia del cónyuge o este se encuentra gravemente enfermo, la protección adquiere sentido, y el bien es inembargable por cuanto la compensación económica cumple un rol asistencial.

hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado” circunstancias que deben vincularse además con la situación del cónyuge más débil, sin que pueda influir el hecho de que ambos trabajen, porque ello no hace desaparecer esta necesidad de compensación, pues basta para tener el derecho, haberse dedicado más que el otro cónyuge”. *Rojas con Vega (2010)*.

ii. Una sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 4009 - 2008, que falla “...asimismo, los jueces del fondo tienen en consideración: “que el concepto de compensación económica que nuestro legislador consagra en art. 61 y 62 de la citada ley al señalar sus requisitos de procedencia y elementos para determinar su cuantía, es el de una indemnización al cónyuge más débil en el proceso de separación o divorcio, una compensación al desequilibrio o menoscabo económico que se pueda originar después de la ruptura, al cesar el deber de socorro y alimentos, evitando el enriquecimiento injusto del otro cónyuge que logró su situación económica en parte debido a la ayuda que recibió del cónyuge más débil”. *Pérez con Medina (2008)*.

8.2 LA SUFICIENCIA DEL CONVENIO REGULADOR Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La posición mantenida en este trabajo sirve para aclarar el alcance del artículo 55.2° de la LMC, que sostiene que “*se entenderá que “el convenio regulador” es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita*”⁸⁴.

La referencia a las relaciones equitativas hacia el futuro, permiten que el juez revise el convenio regulador del divorcio, en la medida en que la compensación económica cumpla una función asistencial, de lo contrario el juez debe limitarse a aprobar la compensación económica. De este modo, si un cónyuge comprende lo que es la compensación económica y aún así las partes no acuerdan nada respecto de ella, se debe entender que los cónyuges estiman que ella no es aplicable o simplemente que el cónyuge beneficiario ha renunciado a la compensación económica. Esta es la solución que se adopta, por lo demás, en el divorcio unilateral en que el juez informa, a los cónyuges, sobre la compensación económica, que si no es demandada no puede ser fijada de oficio o instar a las partes por el juez. Algunas sentencias de los tribunales chilenos han desechado convenios reguladores por no referirse a la compensación económica, sin fundar el rechazo en la existencia de algún vicio⁸⁵. Nos parece que este criterio es errado y el juez solo puede intervenir, incluso contra la voluntad del cónyuge beneficiario, en la medida que se aplique algún criterio asistencial y no a la renuncia de un derecho resarcitorio⁸⁶. Por otra parte, el juez puede desechar la compensa-

⁸⁴ Lo agregado entre comillas y sin cursiva es nuestro.

⁸⁵ Esta cuestión se ha planteado, en el Derecho comparado, en los siguientes términos: “pues bien, la intervención del Juez tiene por objeto la valoración de la conveniencia del convenio desde el punto de vista de los intereses de las personas indicadas y de la sociedad globalmente considerada. No parece que el Juez deba preocuparse, en principio, por la protección de los intereses de ninguno de los cónyuges, personas normalmente mayores de edad y plenamente capaces. Dice Vásquez Iruzubieta (nota al pie) que ello, desde un punto de vista estrictamente teórico, resulta inaceptable; sin perjuicio de que el Juez, desde luego, debe evitar el chantaje de uno de los cónyuges al otro, proponiendo cláusulas leoninas, por ejemplo, a cambio de concederle el consentimiento.

Sentada esta base procede hacer una afirmación y plantearse una pregunta. La afirmación es esta: Puede decirse, siguiendo a D’Ors, que es justo lo que la sociedad, a través de sus jueces, reconoce como ajustado a lo conveniente. Y la pregunta se desprende de lo dicho como corolario necesario: ¿Qué es lo que la sociedad –en cada momento histórico– considera conveniente? Esta cuestión tan solo puede responderse diciendo que solo al Juez corresponde estimarlo, atendida la realidad social del tiempo en que ha de resolverse. Todo esto parece una vaga entelequia, pero persigue un objetivo concreto y claro: El Juez debe valorar la conveniencia del convenio no desde la óptica de sus propias opiniones y creencias, sino desde la perspectiva de los valores socialmente dominantes”. Lo señalado entre paréntesis es nuestro. LÓPEZ (1989) p. 62.

⁸⁶ En igual sentido una parte importante de la doctrina entiende que el juez puede estimar a cuánto asciende la compensación económica, e incluso puede aumentarla de oficio. De esta opinión es DOMÍNGUEZ, H. DOMÍNGUEZ (2005) p. 17.

A su vez, PIZARRO opina que “en el caso que se estipule en el acuerdo regulatorio (se refiere a la compensación económica), el legislador al referirse al carácter de suficiencia que debe cumplir aquél, se exige no solo que se procure aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura sino, también, la necesidad de establecer relaciones equitativas hacia el futuro”. Lo agregado entre paréntesis es nuestro. PIZARRO (2004) p. 91.

ción o reducirla, como condición eventual, en caso que el cónyuge beneficiario sea calificado como cónyuge culpable⁸⁷.

9. CONCLUSIONES FINALES

Las conclusiones fundamentales de nuestro trabajo en torno a la forma en que opera la compensación económica son las siguientes:

- a. El sustento que le hemos dado a la compensación económica no solo se basa en el tenor literal de los artículos 61 y 62 de la LMC, sino que nos permite concretizar el principio de protección constitucional de la familia, y explica la función asistencial que la compensación económica cumple de operar este pacto implícito.
- b. Una vez determinada la procedencia de la compensación económica se puede recurrir a un criterio asistencial de los establecidos en el artículo 62 de la LMC. La compensación económica, en la mayoría de los casos, tendrá una función asistencial complementaria a un rol resarcitorio, no solo porque concurre alguno de esos criterios, de los contemplados en el artículo 62.2° de la LMC, sino porque los artículos 61 y 62.1° de la referida ley exigen un menoscabo económico por parte del cónyuge beneficiario de la LMC. Sin embargo, excepcionalmente la compensación económica cumplirá una función excluyentemente asistencial no resarcitorio, en la medida que el juez aplique exclusivamente un criterio asistencial, desechando los otros criterios.
En definitiva, la compensación económica, en caso que cumpla con los requisitos de procedencia, que exige el artículo 61 de la LMC, otorga al cónyuge que se ha dedicado al hogar común o al cuidado de los hijos un derecho fundamentalmente resarcitorio, al que se suma una función asistencial complementaria o excluyente.
- c. Finalmente podrá cumplir una criticable función sancionadora, que incluso puede llevar a excluir la compensación económica, a aumentarla o a disminuirla.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARAONA, Jorge (2009): “Compensación Económica en el Divorcio”, *Los Martes al Colegio, Charla dictada en el Colegio de Abogados de Chile*: 24 pp.
- BARRAL, Inmaculada (2000): “El Régimen de Separación de Bienes”, en: MALUQUER DE MONTES, Carlos (coord.) *Derecho de Familia* (Barcelona, España, Bosch): pp. 141-142.
- BARRIENTOS, Javier (2007): “La Compensación Económica como ‘Derecho’ de uno de los Cónyuges y ‘Obligación’ Correlativa del Otro. De sus Caracteres”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. IX: pp. 9-44.

⁸⁷ PIZARRO (2004) p. 362 y TURNER (2005) p. 485.

- BERNREUTHER, Jörn (2006): “Rechtsgewinnung in der Normen des nahehelichen Ehegattenunterhalts“, en: *Schriften zum deutschen europäischen und vergleichenden Zivil-Handels und Prozessrecht*: 648 pp.
- BURT, Robert (2000): “Desarrollo Constitucional de Derechos de, sobre y para Menores”, en: BERLOFF, Mary (compiladora), *Derecho, Infancia y Familia, Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos* (Barcelona, España, Gedisa Editorial): pp. 13-36.
- CORRAL, Hernán (2007): “La Compensación Económica en el Divorcio y la Nulidad Matrimonial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIV N° 1: pp. 23-40.
- CORRAL, Hernán (1994): *Familia y Derecho*, Universidad de los Andes (Colección Jurídica, Santiago): 229 pp.
- COURT, Eduardo (2004): *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 Analizada y Comentada* (Bogotá, Colombia, Editorial Legis): 168 pp.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2005): “El error en las cualidades personales del otro contrayente en la Ley 19.947”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, n. 1, pp. 18 y 19.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2010): *Derecho Matrimonial Chileno* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, LegalPublishing), 459 pp.
- DERLEDER, Peter (1990): “Die eheliche Lebensverhältnisse - Zur Struktur des nahehelichen Unterhalts“ en: *FuR*: pp. 9-19.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de Daños* (Madrid, España, Civitas Ediciones): 367 pp.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2007): “La Compensación Económica en la Nueva Legislación de Matrimonio Civil”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 15: pp. 83-92.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (2005): *Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil* (folleto del Colegio de Abogados de Chile, Santiago) 28 pp.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2005): *Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil* (Folleto del Colegio de Abogados de Santiago de Chile): 28 pp.
- GUERRERO, José (2008): “Menoscabo y compensación económica: Justificación de una visión asistencial”. *Revista de Derecho*, vol. XXI N° 2: pp. 85-110.
- JOHANNSEN, Kurt; HENRICH, Dieter; BÜTTNER, Helmut (2003): *Eherecht* 4. Aufl. München, Verlag C. H. Beck: 2.464 pp.
- KINGREEN, Thorsten (1997): “Das Grundrecht von Ehe und Familie“ en: *Jura*: pp. 401 ss.
- LEPIN, Cristián (2010): *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile): 224 pp.
- LÓPEZ, Juan (1989): “Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en convenios reguladores de las relaciones conyugales paterno-filiales y patrimoniales en la crisis del matrimonio” en: DÍEZ-PICAZO, Luis y otros (Pamplona, España, segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra) pp. 45-66.
- MARTINY, Dieter (2004): “Ehescheidung und nahehelicher Unterhalt in Europa”, “Electronic Journal of Comparative Law”. Disponible en: <<<http://www.ejcl.org/83/art.83-hmtl>>> [fecha de consulta: 12 de enero de 2011]

- MORENO-TORRES, María (2005): “La pensión compensatoria” en: GAUDA, Julio (edit.), *La reforma del matrimonio (Ley 13 y 15/2005)* (Madrid, España, Marcial Pons), pp. 127-234.
- NOVALES, Aránzazu (2009): “La Compensación Económica como Derecho de Familia ¿Cuál es el objeto de la compensación?”, *Revista Chilena de Derecho de Familia, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile*, vol. I: pp. 35-74.
- OTT, Sieghart (1998): “Die Begriffe Ehe und Familie in Art. 6 I GG“ en: *NJW*, pp. 117 ss.
- PIZARRO, Carlos (2004): “La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3: pp. 83-104.
- PIZARRO, Carlos y VIDAL, Álvaro (2009): *La Compensación Económica por Divorcio o Nulidad Matrimonial* (Santiago, Chile, LegalPublishing, Abeledo Perrot): 157 pp.
- QUINTERO, David (2009), “Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la compensación económica (sentencia de la Corte Suprema)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXII N° 2: pp. 233-241.
- RAMOS, René (2007): *Derecho de Familia Tomo I* ((Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile): 387 pp.
- RODRÍGUEZ, Pablo (2010): *Regímenes Patrimoniales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile): 335 pp.
- SALINAS ARANEDA, Carlos (2009): *El matrimonio religioso ante el derecho chileno* (Valparaíso, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso): 263 pp.
- SAURA, Beatriz (2004): *La Pensión Compensatoria: Criterios Delimitadores de su Importe y Extensión* (Valencia, España, Tirant lo Blanch Monografías 319): 350 pp.
- SEGURA, Francisco (2003): “La Compensación Económica al Cónyuge más Débil”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año LXXI N° 214: pp. 109-126.
- STEINER, Udo (2005): “Zum Ehebild in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“: in: *Sybillie Hofer/Diethelm Klippell/Ute Walter (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag*: pp. 433-442.
- TAPIA, Mauricio (2006): “Compensación Económica. Las incertidumbres comienzan a disiparse”, *Semana Jurídica*, N° 18: 3 pp.
- TURNER, Susan (2005): “Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, en: VARAS B., JUAN ANDRÉS y TURNER S., SUSAN (coord.), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago de Chile, LexisNexis), pp. 481-507.
- VELOSO, Paulina (2006): “Algunas Reflexiones sobre la Compensación Económica”, *Revista de Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, Año VII, N° 13: pp. 171-187.
- VIDAL, Álvaro (2004): “La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil. ¿Un Nuevo Régimen de Responsabilidad Civil Extracontractual?”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, Año LXXII, Revista N° 215-216: pp. 265-287.
- VIDAL, Álvaro (2006): “La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en: VIDAL, Álvaro (coordinador), *El nuevo Derecho chileno del*

matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004) (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile): 217 pp.

VIDAL, Álvaro (2008): “La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI (Valparaíso, Chile, 2° Semestre de 2008): pp. 289-321

VIDAL, Álvaro (2009): “La Compensación Económica por Ruptura Matrimonial. Una Visión Panorámica”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos: Compensación Económica por Divorcio o Nulidad, Colección Derecho Privado, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho*, tomo V: pp. 17-78.

JURISPRUDENCIA CITADA

Chinchilla con Sandon (2006): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6 de diciembre de 2006 (acción de divorcio y compensación económica), *poderjudicial.cl*, Rol Ingreso Recurso N° 1.016 - 2006.

Reinoso con Guzmán (2006): Corte de Apelaciones de Rancagua, 16 de mayo de 2006 (acción de divorcio y compensación económica), *poder judicial.cl*, Rol Ingreso Recurso N° 1603 - 2005.

Troncoso con Carrizo (2006): Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de agosto de 2006 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de Identificador Microjuris: MJCH_MJJ9683.

Villegas con Ganga (2006): Corte de Apelaciones de Rancagua, 20 de junio de 2006 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de Identificador Microjuris: MJJ9551.

Zambrano con George (2007): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29 de junio de 2007 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de Identificador Microjuris: MJCH_MJJ14411.

Pérez con Medina (2008): Corte Suprema, 8 de septiembre de 2008 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de Identificador Microjuris: MJJ18265.

Cartes con Santis (2009): Corte Suprema, 1 de junio de 2009 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de identificador Microjuris: MJJ20230.

Girardi con Morales (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de julio de 2009 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de identificador Microjuris: MJCH_MJJ20585.

Prado con Alcalde (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de noviembre de 2009 (acción de divorcio), *microjuris.cl*, N° Identificador Microjuris: MJJ22318.

Vidal con Jano (2009): Corte Suprema, 27 de abril de 2009 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de identificador Microjuris: MJCH_MJJ19804.

Zieleniewicz con Ordóñez (2009): Corte Suprema, 26 de octubre de 2009 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de Identificador Microjuris: MJCH_MJJ21993.

Arismendi con Rojo (2010): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 2 de marzo de 2010 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de Identificador Microjuris: MJCH_MJJ23151.

Rojas con Vega (2010): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 de marzo de 2010 (acción de divorcio y de compensación económica), *microjuris.cl*, N° de Identificador Microjuris: MJCH_MJJ23439.

Urrutia con Sáenz (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre de 2010 (acción de divorcio y compensación económica), *microjuris.cl*, N° de Identificador Microjuris: MJJ24661.