





CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICOS  
COLECCIÓN DERECHO PRIVADO  
V

2009

*Cuadernos de Análisis Jurídicos*  
ISSN 0716-727 X

DIRECTOR RESPONSABLE  
Carlos Pizarro Wilson  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales

EDITOR  
Marcelo Rojas Vásquez

Esta obra contó con el patrocinio institucional del FONDECYT proyecto N° 1070731 sobre “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”.

Ediciones Universidad Diego Portales  
República 105, Santiago de Chile  
Teléfono: 6762640 Fax: 6762641  
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

# CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICOS

---

Colección Derecho Privado

V

## COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR DIVORCIO O NULIDAD

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO  
CARLOS PIZARRO WILSON  
SUSAN TURNER SAEZLER  
ÁLVARO VIDAL OLIVARES



Ediciones  
Universidad Diego Portales  
Facultad de Derecho



# ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
SIGLAS Y ABREVIATURAS	11
LOS AUTORES	13

---

## ARTÍCULOS

La compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica ÁLVARO VIDAL OLIVARES	17
La pensión compensatoria tras la separación o el divorcio en el Derecho español María Paz GARCÍA RUBIO	79
Los requisitos de procedencia de la compensación económica en la jurisprudencia nacional Susan TURNER SAELZER	119
El menoscabo económico como elemento central de la compensación económica Álvaro VIDAL OLIVARES	135
El pago de la compensación económica en la jurisprudencia nacional Carlos PIZARRO WILSON	149



## PRESENTACIÓN

Desde la dictación de la Ley de Matrimonio Civil, la compensación económica a que puede quedar obligado uno de los cónyuges a favor del otro que se haya dedicado tanto a las tareas del hogar como al cuidado de los hijos, causándole un menoscabo económico, ha acaparado la atención de la doctrina y la jurisprudencia.

Esta institución ha hecho derramar bastante tinta en Chile y en el extranjero, desde su aparición en el Derecho Comparado con las legislaciones que introdujeron el divorcio con disolución de vínculo. Chile no ha sido la excepción. El reconocimiento del divorcio en la referida ley planteó al legislador la preocupación en que pueda quedar uno de los cónyuges, en general la mujer, luego que se dicte la sentencia de divorcio o nulidad matrimonial. Sin duda el divorcio empobrece, pudiendo quedar aquel cónyuge que sacrificó sus expectativas laborales en una situación de desventaja para enfrentar el futuro. Las inquietudes doctrinales se concentraron, en primer lugar, en el intento de descubrir la naturaleza jurídica de la compensación económica, encontrándose diversas posiciones bastante disímiles. También ha existido debate sobre los elementos que la componen y la función que debe asignársele a cada uno, sobre todo en cuanto a la noción de menoscabo económico y cómo deben entenderse los criterios o circunstancias que establece el legislador para determinar su existencia y mensurar su cuantía.

La jurisprudencia ha enfrentado severos problemas para justificar su procedencia, al mismo tiempo que podemos visualizar un mosaico creciente de teorías sobre su justificación, lo que contrasta con la escasez de argumentos para fijar su cuantía.

Todas estas cuestiones dogmáticas justificaron la realización del seminario internacional sobre “La compensación económica por ruptura matrimonial”, cuyas ponencias, ahora, en formato de artículos, se publican en este volumen.

La organización de este seminario formó parte del compromiso adquirido por los profesores Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares en el proyecto FONDECYT sobre los alcances de esta misma institución.

Gracias al apoyo del FONDECYT pudimos contar con la presencia de la profesora española M<sup>a</sup> Paz García Rubio como, asimismo, el de la Fundación Fernando Fueyo Laneri y la Universidad Diego Portales; la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso fue esencial para poder realizar el seminario en Santiago y Valparaíso con los invitados nacionales. Se espera que este libro sea de utilidad para los operadores en justicia de familia al momento de discernir los problemas que enfrenta la compensación económica en la práctica.

CARLOS PIZARRO WILSON

ÁLVARO VIDAL OLIVARES

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
<i>AC</i>	<i>Actualidad Civil</i>
AFP	Asociación de Fondos de Pensiones
A.G.	Asociación Gremial
art.	artículo
arts.	artículos
<i>BGB</i>	<i>Código Civil</i> alemán
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
C	Constitución
CA	Corte de Apelaciones
<i>CC</i>	<i>Código Civil</i>
CAPREDENA	Caja de Previsión de la Defensa Nacional
CCAA	Cortes de Apelaciones
<i>CCCh</i>	<i>Código Civil</i> chileno
<i>CCJC</i>	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
coord.	coordinador
CS	Corte Suprema
D.	don
ed.	edición <i>a veces</i> editor
FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
inc.	inciso
INP	Instituto de Normalización Previsional
IPC	Índice del precio al consumidor
ISAPRE	Instituto de Salud Previsional
<i>JUR</i>	<i>Jurisprudencia</i>

LADECO	Línea de Área del Cobre
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMC	Ley de Matrimonio Civil
n.	nota
Nº	número
p.	página
par.	parágrafo
pp.	páginas
RD	Real decreto
RDGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
<i>RJ</i>	<i>Repertorio Jurisprudencial</i>
<i>RJA</i>	<i>Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi</i>
RTC	Resolución Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
Sr.	señor
Sra.	señora
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
ss.	siguientes
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UF	Unidad de fomento
UTM	Unidad tributaria mensual
<i>v. a veces vs.</i>	<i>versus</i>
<i>Vide a veces vid.</i>	Véase
vol.	volumen

## LOS AUTORES

María Paz GARCÍA RUBIO, catedrática de Derecho Civil por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctora en Derecho.

CARLOS PIZARRO WILSON, Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile y en la Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho.

Susan TURNER SÆLZER, profesora de Derecho Civil en la Universidad Austral de Chile. Doctora en Derecho.

ÁLVARO VIDAL OLIVARES, profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho



# Artículos

---



# LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RUPTURA MATRIMONIAL UNA VISIÓN PANORÁMICA\*

*Álvaro Vidal Olivares*

## I. INTRODUCCIÓN

La compensación económica se suma a los ya existentes denominados efectos patrimoniales de matrimonio que, a diferencia de éstos, presupone la terminación del matrimonio y la concurrencia de las condiciones de su supuesto típico, el del artículo 61 de la LMC. La ley reconoce a uno de los cónyuges el derecho a compensación cuando el divorcio o nulidad le cause un menoscabo económico y, correlativamente, impone al otro la obligación de pagarla, según las formas que ella misma prevé, obliga.

El artículo 60 de la LMC, que regula los efectos que produce el divorcio –en particular, aquéllos que se proyectan en el ámbito patrimonial– declara extinguidos todos los derechos de esa naturaleza, excepto el reconocido por el §1: “De la compensación económica”, del capítulo 7° de la LMC: “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”<sup>1</sup>. Y el citado artículo 61 –que contempla las condiciones para el nacimiento del derecho– dispone:

---

\* El presente trabajo corresponde a una versión revisada del artículo “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en Álvaro VIDAL OLIVARES, (coord.) *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (ley N° 19.947 de 2004)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

<sup>1</sup> El título del capítulo VII no es preciso en relación con el párrafo primero porque la compensación económica procede sólo en caso de divorcio o nulidad, no así en los supuestos de separación judicial. Quizá la rúbrica del título fue imprecisa, como acertadamente lo comentan Javier Barrientos y Aranzazu Novales, porque se siguió el modelo del Derecho español, en particular, del capítulo IX del libro primero del *Código Civil* que se denomina “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” y en él, los artículos 97 a 101 regulan “la pensión compensatoria” que, a diferencia del Derecho Matrimonial chileno procede en caso de separación y divorcio, sumándose la indemnización de daños a favor del cónyuge de buena fe en caso de nulidad matrimonial [artículo 98 *Código Civil* español]. JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN,- ARANZAZU NOVALES ALQUÉZAR, *Nuevo derecho matrimonial chileno. Ley N° 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, Santiago, LexisNexis, 2004, p. 402.

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

Este precepto representa la más potente concreción del principio de la protección del interés del cónyuge más débil que consagra el artículo 3 de la ley<sup>2</sup>. Aquél que por haberse dedicado al cuidado de los hijos como a las labores propias del hogar común no pudo desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería.

En este nuevo régimen legal, a diferencia de otros ordenamientos de Derecho Comparado<sup>3</sup>, la compensación económica consiste en una suma de dinero o prestación única que se reconoce a título de compensación y que puede pagarse de contado, en cuotas o bajo otra cualquiera de las mo-

---

<sup>2</sup> Carlos Pizarro Wilson afirma: “Considerando la situación precaria en que puede quedar alguno de los cónyuges al término del matrimonio, en particular la mujer que se ha consagrado a la familia y a la crianza de los hijos, el legislador se ha preocupado de mantener un cierto equilibrio económico una vez dictada la sentencia de divorcio o de nulidad matrimonial. Esta preocupación del legislador por el cónyuge más débil es recogida en la nueva legislación matrimonial. En diversos preceptos se alude a la protección del cónyuge débil (artículos 30, 27, inciso final y 54, inciso segundo, de la LMC). Este principio se establece en el artículo 3º inciso 1º [...]”. Carlos PIZARRO WILSON, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, diciembre 2004, pp. 84-85. En la doctrina española, la profesora Encarna Roca Trías afirma que la institución de la pensión compensatoria del artículo 97 del *Código Civil* español persigue tutelar al cónyuge más débil. Encarna ROCA TRÍAS, en Manuel AMORÓS GUARDIOLA (a cura di), *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Madrid, Tecnos, 1984) vol. 1, p. 619. En el mismo sentido Mario CLEMENTE MEORO, en Ángel M. LÓPEZ (ed.), *Derecho de familia*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 175.

<sup>3</sup> En el *Código Civil* español, el artículo 97 reconoce el derecho a la compensación económica, la que en su actual configuración, por regla general, consiste en una prestación periódica temporal o de tiempo indefinido; o una prestación única, según se establezca en el acuerdo regulador o en la sentencia. En el *Código Civil* italiano, cuyo artículo 155 impone a uno de los cónyuges la obligación de proporcionar al otro una asignación en proporción a sus bienes o rentas propias, que se denomina “assegno per divorzio”. Igualmente, en *BGB* alemán, su §1569 impone, en caso de divorcio, a uno de los cónyuges la obligación de dar alimentos al otro que no pueda por sí mismo subvenir a sus necesidades. En el Derecho Civil alemán, complementariamente, al derecho de alimentos el §1587 prevé la denominada compensación de los derechos de pensión.

dalidades que la propia ley designa en protección del interés del cónyuge acreedor<sup>4</sup>. La aspiración del legislador es que las partes o el juez resuelvan de una sola vez o en el más breve plazo el problema referido a los efectos patrimoniales del divorcio, evitando perpetuar la discusión y los conflictos entre los ex cónyuges. Es una aspiración dado que la realidad socioeconómica de la mayoría de los chilenos alterará la regla, pasando a ser la excepción. Las compensaciones económicas se decretarán y se pagarán en un número considerable de cuotas.

La lectura de las normas del §1: “De la compensación económica”, del capítulo 7º de la LMC resulta una tarea no exenta de complicaciones y deberá pasar un tiempo hasta que la doctrina y, lo más importante, la jurisprudencia, aúnen criterios. Las primeras lecturas con base a la historia del establecimiento de la ley y los modelos del Derecho Comparado no pueden conducir sino a una aproximación sobre una materia de tanta importancia como la que se hace objeto de este trabajo. Se trata de una institución nueva que no cuenta con un precedente en nuestra legislación, aunque la ley sigue el modelo de otros ordenamientos jurídicos, lo hace de manera parcial, sin llegar a adoptar alguno completamente<sup>5</sup>.

Se debe ser sumamente cauteloso y prudente al interpretar el régimen legal de la compensación económica y al definir su calificación jurídica. La lectura debe hacerse desde los preceptos que componen tal régimen legal y los principios en que se basa, evitando la tentación de asimilarla a otra figura ya existente<sup>6</sup>.

Finalmente, esta compensación económica no puede ni debe confundirse con eventuales indemnizaciones de perjuicios a que pueda ser condenado uno de los cónyuges por los daños irrogados al otro con ocasión de los hechos descritos por el artículo 54 de la LMC, constitutivos de una causa de divorcio

<sup>4</sup> En el *Código Civil* francés, el artículo 273 dispone textualmente: “La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado”. Y en la doctrina francesa se afirma que el pago de una vez de la prestación compensatoria es la modalidad deseable, ya que “tiene la ventaja de resolver el problema de una vez por todas”. Jean-Claude GROSLIÈRE, *La réforme du divorce: loi du 11 juillet 1975 et décret d'application du 5 décembre 1975*, Paris, Sirey, 1976, p. 151. No obstante, al igual que en el derecho chileno, el *Code Civil* admite el pago en cuotas o a través de la constitución de un derecho real (*vid.* los artículos 275 y 276 del *Code Civil*).

<sup>5</sup> Los modelos más próximos son los del Derecho Civil francés que prevé la prestación compensatoria por disparidad de las condiciones de vida (artículo 270 y siguientes del *Code Civil*) y del Derecho Civil español de la compensación económica por desequilibrio económico [artículo 97 y siguientes del *Código Civil* español].

<sup>6</sup> Esta prevención se halla en todos los ordenamientos jurídicos que introducen en su legislación la institución en estudio. Cfr. con Gabriel GARCÍA CANTERO, “Artículos 97-101”, en Manuel ALBALADEJO (ed.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., Madrid, Revista de derecho privado, 1982, tomo II, p. 418.

y que le sean imputables. Si bien la ley no regula especialmente esta indemnización –que comprenderá los daños patrimoniales y no patrimoniales– ella resultará de aplicar las reglas generales sobre responsabilidad civil por ilícitos civiles (título 35º del libro IV, del *Código Civil*)<sup>7</sup>. La compensación económica es perfectamente compatible con esta eventual responsabilidad civil<sup>8</sup>. El senador Alberto Espina, durante la discusión del proyecto y en particular de la compensación económica, expresó que, a su juicio, en casos de divorcio culpable, el cónyuge inocente podría perfectamente demandar la indemnización por los perjuicios que le haya causado el divorcio según las reglas generales<sup>9</sup>.

## II. EXPLICACIÓN PREVIA

Una vez declarado el divorcio o la nulidad del matrimonio, uno de los cónyuges sufre un menoscabo económico al no haber desarrollado, por esa causa, durante el matrimonio una actividad remunerada como podía y quería. En esos modelos la terminación del matrimonio produce una disparidad económica entre los cónyuges a consecuencia de la carencia o menoscabo que implica al cónyuge afectado. Surge así el derecho a la compensación económica. La cual plantea no pocas interrogantes: ¿cuál es su fundamento jurídico? –¿por qué se le reconoce al cónyuge este derecho?–; ¿cuál es su naturaleza jurídica? –¿qué es la compensación económica?–; ¿cuál es la finalidad que ella persigue?

<sup>7</sup> En el Derecho Civil francés se reconoce expresamente el derecho a la indemnización de daños cuando el divorcio ha producido consecuencias de especial gravedad; indemnización que es compatible con la prestación compensatoria y que debe demandarse juntamente con el divorcio. El artículo 266 del *Code Civil* –incorporado el año 1975 por la ley N° 75-617 de 11 de julio y recientemente modificado por la ley N° 43-2004 de 26 de mayo en vigor desde el 1 de enero de 2005– prescribe: “Sans préjudice de l’application de l’article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d’une particulière gravité qu’il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu’il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu’il n’avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu’à l’occasion de l’action en divorce”.

<sup>8</sup> Cfr. con PIZARRO WILSON (n. 2), p. 89. El autor afirma: “[...] no hay que olvidar que, al menos en el derecho comparado, el divorcio ha estado vinculado a genuinas hipótesis de responsabilidad civil. En efecto, el cónyuge víctima de un ilícito civil a instancias de los hechos que originan el divorcio puede incoar una acción civil por el daño moral causado. En Argentina, España o Francia, existe abundante jurisprudencia sobre daño moral por adulterio con escándalo, el cual, han entendido, significa un ilícito civil que debe ser reparado. La compensación económica no cubre este tipo de daño, pues se refiere a un perjuicio material y en ningún caso de índole extrapatrimonial o moral”.

<sup>9</sup> Vide “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento”, en *Boletín* N° 1759-18, sesión 11ª, anexo de documentos, p. 1.613.

–¿qué se compensa y cuál es su objeto?– y, finalmente, ¿cuál es el alcance del régimen que prevé la LMC y las lagunas de que adolece? Para entender la compensación económica y dar respuesta a las interrogantes planteadas, aportará bastante explicar de forma previa algunas cosas.

Los que fueron cónyuges, repentinamente por el divorcio o la nulidad empiezan a tener una vida separada y en ese entendido tienen que enfrentar el futuro, cada uno de ellos ocupando una determinada posición económica; que no debería variar sustancialmente con el divorcio o nulidad.

La idea que subyace es que después del divorcio o la nulidad el cónyuge que se postergó en beneficio de la familia y, por que no, de su marido o mujer, tiene derecho a una compensación si experimenta un menoscabo, que le permita rehacer su vida de manera autónoma. El acreedor de tal derecho es el cónyuge que dejó de hacer sus propias cosas en provecho de la comunidad de vida que implica el matrimonio. En esta hipótesis, es inminente la disparidad económica entre los cónyuges de la que resultará uno perjudicado: quien se dedicó a la familia. La situación de ese cónyuge –si se la proyecta hacia el futuro– puede tornarse verdaderamente complicada; sus posibilidades de acceso al mercado laboral no serán las mismas que las del otro, quien de seguro seguirá desarrollando su actividad remunerada y concretará todos sus proyectos individuales, algunos dejados de lado precisamente por el hecho del matrimonio. En cambio, el cónyuge que se postergó, aunque tenga mucho interés en hacer un poco de lo mismo, es muy probable que no pueda hacerlo o lo intentará sin éxito. Igual cosa sucederá si ese cónyuge desarrollaba alguna actividad remunerada; probablemente, los ingresos que de ella provengan no serán suficientes como para mantener unas condiciones de vida adecuadas y las posibilidades de acceder a unas mejores condiciones laborales, por lo general, serán muy remotas. Más todavía si se trata de la mujer, la que, además, tendrá que seguir a cargo del cuidado personal de los hijos comunes. Su dedicación a la familia continúa, eso sí, con mayores dificultades. El matrimonio es el que se termina, no así la familia, ella subsiste<sup>10</sup>. El divorcio o nulidad hace aflorar un empobrecimiento que al desaparecer el matrimonio carece de causa.

La disparidad económica y el menoscabo subsecuente resulta más patente si se tienen en cuenta los efectos patrimoniales derivados de la disolución del vínculo, como la pérdida del derecho a alimentos, el resultado del régimen patrimonial del tipo participativo, de las expectativas sucesorias y de otros a los que me referiré más abajo.

La situación es inaceptable y exige por sí sola una reacción del ordenamiento jurídico, y en el caso chileno –siguiendo los modelos del Derecho

<sup>10</sup> Cfr. Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999, p. 191.

Comparado<sup>11</sup>– se opta por la denominada *compensación económica* cuyo objetivo es precisamente corregir esa disparidad y carencia en que se traduce el menoscabo y, de este modo, asegurar, en la medida de lo posible, que la vida futura, separada del cónyuge afectado, se desenvolverá en unas condiciones materiales apropiadas.

La compensación económica atañe a la posición económica de los cónyuges después de su terminación y a sus posibilidades futuras de desarrollo material separado y autónomo.

Al producirse la terminación del matrimonio uno de los cónyuges lo tendrá más difícil a la hora de comenzar su vida separada porque su inversión fue en la familia y no en el mercado. De cualquier forma, como se explicará más adelante, el solo hecho de que uno de los cónyuges no desarrolle durante el matrimonio una actividad económica o que lo haga en una menor medida por haberse dedicado al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común, no es suficiente para reconocerle el derecho a la compensación económica, es necesario que el divorcio o nulidad le cause un menoscabo económico y para este objetivo el juez deberá considerar una serie de circunstancias que el artículo 62 de la LMC enumera a vía ejemplar y que inciden en la determinación de la existencia del menoscabo y, consiguientemente, en la procedencia de la compensación y en la fijación de su cuantía. La institución de la compensación económica debe aplicarse restrictivamente incentivando, de este modo, una distribución de papeles tal que ninguno de los cónyuges experimente un menoscabo al producirse la terminación del matrimonio. Sin embargo, es previsible que nuestros tribunales de familia lo entiendan de otra forma y el nacimiento de la compensación sea el punto de partida, reduciéndose el problema a su cuantificación.

### III. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Al celebrar el matrimonio, la ley impone a los cónyuges ciertos deberes entre los que se destacan el de socorro, de auxilio mutuo y de vivir juntos. Hoy el matrimonio, pese a la incorporación del divorcio como causa de su terminación, sigue siendo, por regla, indisoluble y en esa confianza los cón-

---

<sup>11</sup> En el Derecho español, el *Código Civil*, en su artículo 97, reconoce el derecho a una pensión compensatoria en caso de separación y divorcio; adicionalmente el derecho a la indemnización de daños del artículo 98 a favor del cónyuge que de buena fe celebró el matrimonio declarado nulo. En el Derecho francés, el artículo 270 del *Code Civil* establece el derecho a una prestación destinada a compensar, en cuanto fuere posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio hubiera creado en las condiciones de vida respectivas.

yuges lo contraen. Desde este ángulo podría estimarse que es acertado que el legislador haya conservado intacto el artículo 102 del *Código Civil*, precepto que pone el acento no sólo en la indisolubilidad del vínculo sino, también, en los deberes conyugales y en la circunstancia de que el matrimonio se celebra por toda la vida. Cuando el legislador dispone de dicho aspecto no está reiterando su carácter de indisoluble, sino que alude a que los contrayentes se unen para toda la vida o, lo que es igual, para la concreción de un proyecto de convivencia en el que se mantendrán cualesquiera sean las contingencias que se presenten en el futuro<sup>12</sup>. El artículo 131 del *Código Civil* –al imponer a los cónyuges el deber de socorro y ayuda mutua en todas las circunstancias de la vida– complementa la característica que aquí se resalta.

Los cónyuges se unen para formar una comunidad de vida, renunciando ambos, en mayor o menor medida, a una parte de sus aspiraciones personales y de desarrollo profesional. Lo que de soltero puede hacerse en lo que a desarrollo personal y profesional se refiere, después del matrimonio, forzosamente experimenta ciertas limitaciones relacionadas, en un primer momento con el hogar común y, luego, con los hijos y cuidados que éstos requieren. Esta circunstancia, que aquí se constata, es irrelevante desde que opera una suerte de compensación recíproca de los sacrificios de ambos cónyuges<sup>13</sup>. Los dos

---

<sup>12</sup> El profesor Carlos Salinas Araneda, interpretando el concepto legal de matrimonio del artículo 102, afirma que la expresión “por toda la vida” no tiene un sentido cronológico, sino existencial. Explica que Andrés Bello no dice “para toda la vida”, preposición que sí tendría un claro sentido temporal, sino por toda la vida. En esta fórmula –precisa el autor– el legislador vuelca toda la carga personalísima que el matrimonio había comprendido desde un principio y que con el correr del tiempo había ido desdibujándose; es toda la vida del hombre, con lo que es y lo que espera ser; la que se une indisolublemente con toda la vida de la mujer, con lo que es y espera ser, con sus virtudes y sus defectos, esperanzas y sus frustraciones. El profesor ve en la expresión de Andrés Bello una evocación de esa vieja definición de Modestito que entendía el matrimonio como “la unión del hombre y la mujer en pleno consorcio” o la de Ulpiano, que lo definía como “la unión del varón y de la mujer que contiene la comunidad indivisible de vida”. En el Derecho Romano el matrimonio da lugar a una comunión de los cónyuges en todas las contingencias de la vida, participando del mismo destino. Carlos SALINAS ARANEDA, “El concepto de matrimonio en el Código Civil de Chile. Una lectura canónica”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, N° 19, Valparaíso, 1998, pp. 86-87.

<sup>13</sup> En todo caso hoy es perfectamente posible que ambos cónyuges no desarrollen una actividad remunerada en la medida que quieren y pueden. Incluso, en el supuesto de la norma del artículo 61, podría acontecer que el otro cónyuge tampoco haya hecho durante el matrimonio lo que quería y podía, o haya hecho más de lo que quería o podía o, bien, desarrolló una actividad remunerada no querida o que no era las más acorde con sus condiciones y capacidades. Piénsese en un artista, un escultor, escritor, un profesor o un restaurador. Quizá él o ella –por el hecho de formar parte de esta comunidad de vida o desarrollar este proyecto de convivencia– renuncia a lo que más quería y podía hacer y desarrolla una actividad que simplemente produzca lo suficiente para el sustento de la familia. Claro, en este supuesto él o

—en este proyecto— se orientan hacia una misma dirección. Lo que suceda al interior de esta comunidad de vida no interesa. El matrimonio da origen a una solidaridad que presupone un proyecto de convivencia.

Por consiguiente, ambos cónyuges celebran el matrimonio en la confianza que éste es indisoluble y sobre la base de esa creencia, postergan y renuncian a facetas propias e inherentes a personas que tienen una vida separada e independiente y se justifica plenamente en la idea de la comunidad de vida que implica el matrimonio. Junto con celebrar el matrimonio los contrayentes perfeccionan un acuerdo implícito en torno a la consecución de sus fines.

Hay ciertos intereses y fines inherentes a la vida matrimonial que se estiman como superiores y que, por ello, prevalecen sobre los individuales de cada uno de los cónyuges. Es un proyecto de vida común al que se adhieren desde que contraen el matrimonio y en la confianza que éste perdurará en el tiempo.

A lo anterior, se agrega el cúmulo de expectativas emanado del estatuto protector del matrimonio que confieren a ambos cónyuges una dosis de seguridad, sobre todo para aquél que se sacrifica. Entre estas expectativas se cuentan, como he explicado, el título legal para demandar alimentos; los regímenes matrimoniales del tipo participativos como la sociedad conyugal y la participación en los gananciales; la posibilidad de demandar la declaración de un bien de propiedad del otro cónyuge como familiar; la cobertura de los sistemas seguridad social y de salud; y los derechos sucesorios que la ley reconoce para el caso del fallecimiento del otro.

Sin embargo, en la realidad siempre uno de los cónyuges se sacrificará o postergará más que el otro debido a que su dedicación a la familia, incide o le impide desarrollar una actividad remunerada o lucrativa como hubiere podido y querido. Las razones por las que ese cónyuge optó por el hogar y los hijos —sacrificando en todo o en mayor medida su desarrollo ocupacional o profesional— no importan para el Derecho de Familia que no tiene herramientas para descubrir con certeza las motivaciones de esa opción<sup>14</sup>. Lo que sí interesa es la efectiva relación causal entre la dedicación del cónyuge a los hijos o el hogar común y la postergación personal, total o parcial y el ulterior menoscabo frente a la vida separada después del divorcio o la nulidad.

ella trabajaba diez horas diarias y poco tiempo habrá podido destinar a las labores del hogar común o al cuidado de los hijos si se considera el tiempo invertido por el otro cónyuge que cae en el supuesto de la norma al dedicarse a una actividad remunerada en una menor medida de la querida, pero se dedica a lo que realmente corresponde a su vocación profesional.

<sup>14</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON (n. 2), p. 92. El autor asevera: “No reviste importancia si la dedicación al cuidado de los hijos o a las tareas propias del hogar común tuvieron su origen en la voluntad del cónyuge beneficiario o en una situación impuesta, ya sea por el otro cónyuge o por la circunstancias. Se trata de un elemento objetivo que debe acreditarse por el cónyuge demandante”.

La asimetría entre los cónyuges que pueda producirse durante el matrimonio resulta irrelevante. El mayor sacrificio se justifica plenamente porque éste contribuye al crecimiento y normal desarrollo de la comunidad de vida matrimonial y por la dosis de seguridad que ofrece el estatuto protector del matrimonio. Esta asimetría se resuelve en un empobrecimiento del cónyuge más dedicado y que tiene una causa: el matrimonio con todos sus efectos.

Si el matrimonio se disuelve por nulidad o termina por divorcio, los antiguos cónyuges tendrán que reanudar su vida separada, desapareciendo junto con el matrimonio el mencionado estatuto protector. Su terminación produce los siguientes efectos:

- i) pérdida de la calidad de heredero *abintestato* y legitimario del otro cónyuge;
- ii) pérdida del título legal para demandar alimentos o extinción de la obligación alimenticia convenida o declarada judicialmente;
- iii) desaparece la institución de los bienes familiares y el ex cónyuge propietario puede pedir la desafectación de los ya declarados bienes familiares;
- iv) pérdida de beneficios previsionales o de salud y
- v) la disolución de la sociedad conyugal o terminación del régimen de participación en los gananciales.

Hay un cúmulo de expectativas unidas a la conservación del matrimonio que desaparecen con su terminación<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> También, vinculando la compensación económica con la pérdida de todos los derechos y expectativas que emanan del estatuto protector del matrimonio, se encuentran: Eduardo COURT MURASSO, *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004, analizada y comentada*, Santiago, Legis Chile, 2004, p. 94. El autor afirma que este derecho se justifica porque declarada la nulidad del matrimonio o el divorcio, el cónyuge anulado o divorciado pierde su derecho a pedir alimentos legales; sus derechos sucesorios, el derecho a pedir la declaración de bien familiar e, incluso, el derecho a pedir que el juez constituya derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. Empero, la doctrina mayoritariamente vincula a la compensación económica en forma exclusiva con la extinción del deber de socorro o el título legal para pedir alimentos y se la mira inclusive como una extensión del mismo más allá del matrimonio, sin considerar en toda su extensión el estatuto protector del matrimonio que va más allá del deber de socorro. Así, en la doctrina nacional el profesor Pizarro Wilson, poniendo el acento en la extinción del deber de socorro por efecto de la nulidad o divorcio, afirma: “El matrimonio involucra la obligación de socorro económico entre los cónyuges, quienes tienen el deber de prestarse asistencia mutua en todas las circunstancias de la vida. En consonancia con este deber de socorro y protección, el *Código Civil* establece la obligación alimentaria entre los cónyuges. Esta obligación cobra todo su esplendor, hasta ahora, cuando se produce una ruptura matrimonial. [...] Sin embargo, la nulidad matrimonial y el divorcio extinguen el deber de alimentos entre los cónyuges. Con anterioridad a la nueva Ley de Matrimonio Civil, era frecuente señalar que la nulidad matrimonial dejaba a la mujer en una situación de desprotección. Una vez decretada la nulidad matrimonial cesaba el deber de alimentos recíproco de los cónyuges. Esta situación

Una vez declarado el divorcio o la nulidad para el cónyuge que no desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en una menor medida, todo lo que hizo por la comunidad de vida deja de tener sentido y, lo que es más grave, nada recibirá como contrapartida. Desde ese momento –al no tener siquiera derecho a alimentos– deberá procurarse su propio sustento, lo que, probablemente, a esas alturas será imposible, o a lo menos, muy difícil<sup>16</sup>.

Por lo dicho y con mucha razón, la compensación económica no tiene lugar en los casos de separación judicial, porque ésta no pone término al matrimonio y por ello el estatuto protector que éste implica se mantiene intacto, salvo culpa del cónyuge demandado<sup>17, 18</sup>.

Por el divorcio o la nulidad matrimonial uno de los cónyuges experimenta un menoscabo cuya causa se halla en los términos en los que se desarrolló la vida matrimonial y, más específicamente, en la circunstancia que ese cónyuge dejó de hacer lo que podía y quería por dedicarse a la familia y que después de la ruptura ve empeorada su posición a consecuencia de la disparidad económica producido. Los cónyuges quedan en un plano de desigualdad para comenzar su vida separada y autónoma y el legislador busca corregir tal situación obligando al otro al pago de una compensación<sup>19</sup>.

se pretende remediar en la nueva legislación al consagrar la compensación económica para el caso de nulidad y divorcio”. PIZARRO WILSON (n. 2), p. 84.

<sup>16</sup> En la doctrina española, la profesora Encarna Roca Trías parece que se refiere a esta idea cuando afirma que los presupuestos genéticos que provocan la pensión existían durante el matrimonio y agrega que es la eliminación del deber de socorro la que provoca un resalte de las circunstancias anteriores que ahora quedan evidenciadas. ROCA TRÍAS (n. 2), p. 619. Y en otro sitio la profesora expresa que mientras el matrimonio era eficaz, el matrimonio enmascaraba la pérdida de costes de oportunidad que experimenta uno de los cónyuges a través del deber de socorro; pero desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir una compensación. ROCA TRÍAS (n. 10), p. 187. Por su parte, el profesor Gabriel García Cantero expresa que la pensión compensatoria “trata de corregir el desequilibrio económico que el divorcio puede crear entre los cónyuges, derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculadas al matrimonio y que constituían el ‘tren de vida’ del hogar”. GARCÍA CANTERO (n. 8), p. 436.

<sup>17</sup> En contra, criticando la solución que adopta nuestro legislador al excluir la separación judicial, influenciados por el Derecho Civil español, Javier Barrientos y Aranzazu Novales afirman que supuesta la naturaleza esencialmente resarcitoria y no alimenticia o asistencial, de la compensación económica, no pareciera coherente haber negado su procedencia en los casos de separación judicial, sin perjuicio, evidentemente, de que si luego se decretare el divorcio no hubiera allí nuevo derecho a exigirla”. BARRIENTOS GRANDON - NOVALES ALQUÉZAR (n. 1), p. 422.

<sup>18</sup> En el “Informe...” (n. 9) se justifica el por qué se excluye la separación judicial de la compensación económica, p. 194.

<sup>19</sup> Los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, refiriéndose al fundamento de la pensión compensatoria española, expresan: “La hipótesis para la que el Código lo establece (el derecho a pensión) queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación a la posición del otro; es decir, una situación

En consecuencia, el fundamento jurídico de la compensación económica está, por un lado, en el empobrecimiento de uno de los cónyuges que se arrastra durante la vida en común debido a que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en una menor medida, por dedicarse a la familia, y que aflora a la terminación del vínculo; empobrecimiento que deja tener una causa desde ese instante. Ese cónyuge, a diferencia del otro, carece de bienes para enfrentar el futuro. Vinculado a este fundamento se halla la igualdad, dado que cuando desaparece la comunidad de vida, al aflorar el empobrecimiento mencionado, el cónyuge dedicado queda en un plano de desigualdad para rehacer la vida futura separada. Y, por otro, el fundamento está en la protección a la confianza de ese cónyuge en orden a que la comunidad que se formó por el matrimonio era para toda la vida<sup>20</sup>.

Producida la terminación del matrimonio aflora el referido empobrecimiento que se concreta en un menoscabo económico y es por ello que el legislador pone a disposición del cónyuge afectado el remedio de la compensación económica. Hay una lesión a la confianza creada en el cónyuge dedicado, y por esta razón la compensación debiese dejarlo en una situación similar a la que se encontraría para enfrentar el futuro si durante el matrimonio no se hubiere dedicado a la familia, sino a alguna actividad remunerada que le hubiese asegurado una cierta autonomía económica<sup>21</sup>. No es función de la compensación garantizar al cónyuge más débil el mismo estándar de vida que tenía durante el matrimonio.

La compensación no cubre el lucro cesante, ni el valor del trabajo doméstico, ni los costos de oportunidad del cónyuge más débil<sup>22</sup>. Si la opción de

en que tras la crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado; y, además, el cotejo de esa situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento, en definitiva, aunque así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas". Luis DIEZ-PICAZO - Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, vol IV: Derecho de familia- Derecho de sucesiones, pp. 139-140.

<sup>20</sup> La profesora Encarna Roca Trías, explicando por qué el ordenamiento jurídico reconoce el derecho a pensiones compensatorias, afirma que hay algunos que argumentan que existe un acuerdo implícito en torno a las finalidades del matrimonio que puede desaparecer debido a la conducta de alguno de los cónyuges o de ambos y la desaparición de la confianza generaría compensaciones, incluso, o básicamente económicas. ROCA TRÍAS (n. 10), pp. 185-186.

<sup>21</sup> Javier Barrientos y Aranzazu Novales sostienen que uno de los posibles fundamentos jurídicos de la compensación económica es el desequilibrio económico entre los cónyuges causado directa o indirectamente por el matrimonio, precisando que dicho desequilibrio siempre ha de ser causado por el matrimonio, es decir, que si éste se eliminara con las condiciones concretas en las que se produjo la comunidad de vida implicada por él, también desaparecería el desequilibrio. BARRIENTOS GRANDÓN - NOVALES ALQUÉZAR (n. 1), pp. 405-406.

<sup>22</sup> En contra Barrientos Grandón - Novales Alquezar, *op. cit.*, p. 420. Los autores, afirman que la compensación económica tiene carácter resarcitorio de los perjuicios ocasionados por

este cónyuge hubiese sido el mercado y no la familia habría tenido oportunidades y percibido ganancias en forma de remuneración que probablemente le ubicarían en una mejor posición económica en relación con la que tiene al momento del término del matrimonio<sup>23</sup>. Sin embargo, a esas alturas, no es posible cuantificar lo que habría significado para ese cónyuge la primera inversión; pero, como las cosas no pueden quedar así, se le reconoce el derecho a reclamar una suma de dinero que se mide atendiendo a unas circunstancias que permiten determinar las condiciones materiales en las que previsiblemente se desenvolverá su vida separada y que tiene derecho a percibir, a título de compensación, por el sacrificio que después de la terminación aparece como injustificado o inútil. Si no se le reconociera ese derecho el otro cónyuge, el deudor por disposición de la ley, estaría experimentando un enriquecimiento a costa del beneficiario, pero entendido en este sentido, y no como evitación de un pasivo para el primero por lo que habría tenido que desembolsar por concepto de servicios domésticos o de cuidado de los hijos comunes. Vinculado con lo anterior, el profesor Pizarro Wilson, aunque refiriéndose a la calificación jurídica de la institución, recurre al enriquecimiento a expensas de otro al considerar el sacrificio del cónyuge acreedor como un empobrecimiento a costa de un verdadero enriquecimiento del otro cónyuge y explica que la compensación no se mide calculando el valor económico del sacrificio, sino que se avalúa la situación actual al momento de la ruptura y las perspectivas de vida hacia el futuro. Sería este empobrecimiento a costa de otro el que justificaría la reacción del legislador imponiendo al cónyuge virtualmente enriquecido la obligación de compensar el menoscabo<sup>24</sup>.

la dedicación al hogar común y que principalmente se refieren: a) las pérdidas económicas derivadas por no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada; o haberlo hecho en menor medida de lo que podía o quería; b) los perjuicios derivados del coste de oportunidad laboral; c) valor del trabajo doméstico; y d) el daño moral.

<sup>23</sup> Así se recoge en ROCA TRIAS (n. 10), p. 192. La autora asevera: “si se quiere afrontar la solución de este tema con criterios de racionalidad, únicos posibles en el ámbito jurídico, habrá que utilizar criterios económicos para plantear el problema en sus justos términos y para ello es útil considerar que el derecho a la pensión se adquiere a través de lo que se denomina inversiones matrimoniales y es una herramienta para eliminar incentivos financieros distorsionantes y no para librar a uno de los cónyuges de la necesidad. Se dice que los cónyuges pueden invertir en el matrimonio o en el mercado, es decir, pueden renunciar a sus habilidades profesionales para dedicar todo o parte de su tiempo al matrimonio”.

<sup>24</sup> PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 90-91. En el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, la profesora Paulina Veloso indicó que la jurisprudencia española y suiza ha invocado como fundamento de las pensiones compensatorias el enriquecimiento sin causa, porque se estima que la mujer no se pudo incorporar plenamente al mercado laboral y el divorcio le genera un empobrecimiento respecto de las expectativas

Éstas son las razones que exigen de parte del ordenamiento jurídico una respuesta enérgica y que en el caso chileno viene dada por el reconocimiento al cónyuge más débil de este derecho a la compensación de menoscabo que experimente.

Como lo anticipé, nuestro legislador –siguiendo muy de cerca el modelo del Derecho francés de la prestación compensatoria por la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida de ambos cónyuges– recoge la llamada doctrina del *clean break*, que busca poner un punto final al conflicto entre los ex cónyuges en el orden económico, reconociendo a favor del más débil, siempre que acredite el menoscabo económico que sufre por el divorcio o nulidad –habida cuenta las condiciones en las que se desarrolló su vida matrimonial– una prestación que tiene por objetivo, por regla general, una única suma de dinero pagadera en metálico o en especie, que a lo sumo, en el primer caso, puede pagarse en cuotas reajustables siempre que el deudor ofrezca seguridades para su pago (artículos 65 y 66 de la LMC). Y esa compensación ofrece al cónyuge más débil una base cierta para afrontar la vida futura y definitivamente separada de manera autónoma<sup>25</sup>.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR DIVORCIO O NULIDAD MATRIMONIAL

Como es natural, el legislador patrio se limita a establecer el régimen legal de la compensación económica sin calificarla jurídicamente, siendo necesario preguntarse, ¿qué es la compensación económica? Se debe ser muy cauteloso porque se intenta encasillar las instituciones nuevas en categorías preexistentes y ello, por lo general, lleva a confundir las cosas, logrando precisamente el efecto contrario al deseado, esto es, desnaturalizar la institución. Si se concluye que la compensación económica comparte la naturaleza jurídica de otra institución, deberá recurrirse a ella para completar lagunas o insuficiencias que la normativa de la LMC presente.

que tenía de casada. Es un enriquecimiento sin causa, porque uno de los cónyuges se desarrolló económicamente a costa del sacrificio del otro, que se dedicó al cuidado del hogar y los hijos comunes, cfr. (n. 9), p. 1.625. En contra ROCA TRIAS (n. 10), p. 186. La autora sostiene que difícilmente se puede argumentar diciendo que los papeles sociales que se atribuyen a cada cónyuge en el matrimonio y que son asumidos voluntariamente en sus relaciones internas y externas, producen un enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a costa del otro.

<sup>25</sup> Cfr. María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 135-140. La autora expresa: “resulta de interés hacer mención al fenómeno [...] que pretende que el divorcio implique en la medida de lo posible la independencia, también desde un punto de vista económico, entre los ex cónyuges y, con ello, la posibilidad de establecimiento de una nueva vida sin ataduras con el esposo y esposa anterior”.

En torno a la naturaleza jurídica, después de dar un vistazo al Derecho Comparado<sup>26</sup> y, más importante, a la historia del establecimiento de la ley, la respuesta a esta cuestión oscila entre los alimentos y la responsabilidad civil; presentándose una tercera posibilidad que consiste en aceptar lisa y llanamente que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia que no se identifica en forma íntegra con ninguna de las antedichas, que constituye un derecho y una obligación de origen legal.

### 1. Cuestión previa.

#### *Estudio de la historia del establecimiento de la ley*

Como una cuestión previa y para comprender cómo concibe el legislador a esta institución, es de necesaria consideración la discusión producida en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Si bien puede considerarse poco clara y repleta de argumentos poco pertinentes, en ella se observa nítidamente el tránsito de una prestación de naturaleza alimenticia a una de marcada naturaleza compensatoria, sin llegar a equipararse con una responsabilidad civil en sentido estricto desde que –así se declara– ella busca compensar la expectativa económica a la que uno de los cónyuges habría renunciado por haberse dedicado exclusiva o preferentemente a la familia común<sup>27</sup>. Como se quiera, en la discusión parlamentaria se halla la *ratio* de nuestra ley de matrimonio civil y, por consiguiente, de la compensación económica, no siendo permitido prescindir de ella a pretexto de que sea poco clara o confusa; precisamente, la dogmática del Derecho Civil debe extraer de esa historia los elementos que permitan aproximarse a la calificación jurídica y el objeto de la compensación económica.

#### a) Origen de la institución en la historia del establecimiento de la ley

El artículo 59 del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados<sup>28</sup>, que prescribía sobre el contenido del acuerdo regulador en caso de nulidad,

<sup>26</sup> En el Derecho Comparado o, bien, las prestaciones económicas posteriores al divorcio constituyen una pensión alimenticia, como en el caso del derecho alemán y también del Derecho italiano o, bien, una especie pensión o prestación indemnizatoria como en el Derecho francés y el español. En estos últimos ordenamientos, el esfuerzo se centra en excluir la naturaleza alimenticia de la prestación y posteriormente en explicar que se trata de una responsabilidad civil especial, distinta de la propia del Derecho Civil patrimonial.

<sup>27</sup> *Vide* (n. 9), pp. 198 y 199.

<sup>28</sup> Me refiero al texto aprobado por la Cámara de Diputados en septiembre de 1997 y que consta en el *Boletín* N° 1759-18.

separación y divorcio, exigía la suficiencia de dicho acuerdo y ello dependía, entre otras cosas, de si procuraba aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establecía relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes se divorciaban, anulaban o separaban; en su inciso segundo añadía que la equidad de las relaciones futuras entre los cónyuges debía apreciarla el juez, atendiendo especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que podía encontrarse el cónyuge que, durante el matrimonio, permaneció al cuidado de los hijos y del hogar común. Si no mediaba esa compensación el acuerdo regulador era insuficiente y, en consecuencia, el juez debía rechazarlo. Allí se encuentra el origen de lo que hoy se prevé como compensación económica, debiendo precisar que este proyecto no consideraba ni siquiera alimentos por causa de divorcio. Claramente aparecen, por un lado, la noción de *daño que puede causar la ruptura*, vinculada con la situación de desventaja para acceder al mercado laboral en que puede encontrarse uno de los cónyuges, en especial, el que permaneció constante la vida matrimonial al cuidado de los hijos y del hogar común; y, por otro, la necesidad de compensar tal *daño así concebido*. Ello denota que al legislador desde un principio le inquietó las condiciones en que pudiera quedar, para enfrentar una futura vida separada, aquel cónyuge que durante el matrimonio se dedicó a la familia, haciendo depender la aprobación del acuerdo a la corrección del daño que la ruptura pudiera causarle.

Más tarde, en la indicación del Ejecutivo<sup>29</sup> para evitar que el cónyuge que no hubiese dado lugar al divorcio con su culpa<sup>30</sup> quede imposibilitado de mantenerse<sup>31</sup>, se autorizaba al tribunal para decretar algunas medidas que oscilaban entre la declaración de bien familiar y el pago de un monto o de una *pensión compensatoria* por un período que no podía exceder de los cinco

---

<sup>29</sup> La necesidad de compensar a uno de los cónyuges en caso de divorcio tiene su origen en las indicaciones que hace el Poder Ejecutivo en septiembre de 2001 al proyecto de ley aprobado en la Cámara de Diputados, sin desconocer que también lo plantearon para la nulidad, pero sin suerte, los senadores Andrés Chadwick, Sergio Romero y Sergio Díez. La indicación del Poder Ejecutivo es la que prospera y da lugar a la discusión en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y culmina con el aprobado artículo 61 de la LMC. Ni el proyecto original, ni el de la Cámara de Diputados prevé la institución. Finalmente, se incluye en el capítulo 7º “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio” un párrafo especial rubricado “De la compensación económica”. Vide “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento”, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva LMC.

<sup>30</sup> Se excluye al cónyuge que hubiese dado lugar al divorcio por una falta que le fuera imputable.

<sup>31</sup> Considerando los resultados del régimen patrimonial que existiere, o el estado de separación de bienes, o la existencia de bienes familiares, o de una pensión alimenticia anterior.

años<sup>32</sup>, reconociendo la facultad de solicitar el cese o modificación de tales medidas cuando variaran las circunstancias que motivaron su establecimiento. Entre tales circunstancias se contaba el que el cónyuge beneficiario contrajera nuevo matrimonio o hiciese vida marital o cometiera injuria grave contra quien soportaba la carga de la compensación.

Entonces, la indicación reconoce el derecho a una *pensión compensatoria* a favor del cónyuge que sin haber dado lugar al divorcio quede imposibilitado de mantenerse en el futuro, pero no vincula esta circunstancia, como sí lo hacía el proyecto de la Cámara, a la dedicación del cónyuge beneficiario a la familia.

El antecedente inmediato de la actual compensación económica fue la indicación del Ejecutivo, y que la prevé el proyecto aprobado por el Senado<sup>33</sup>, al incorporar al antiguo capítulo 6º, que pasa a ser 7º, el §1 rubricado “De la compensación económica” cuyo primer precepto es el artículo 62 con tenor que prácticamente coincide con el del artículo 61 de la ley N° 19.947, y que dispone:

“Si uno de los cónyuges no desarrolló una actividad remunerada durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que le era posible, como consecuencia de haberse dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido”.

---

<sup>32</sup> Si por el divorcio alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su manutención, el tribunal podía adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado: i) Proceder a la declaración de bienes familiares. ii) Constituir derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que hubieren conformado parte del patrimonio familiar de los cónyuges. iii) Determinar el pago de un monto o de una pensión compensatoria por un período que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio. Las medidas se adoptarían a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta a la demanda de divorcio o por vía reconvenzional en el mismo procedimiento. En ambos casos, debería resolverse en la sentencia definitiva. Para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente: la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges; las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral; la eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar; el aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común; la eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio, y la existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges.

<sup>33</sup> Que es el texto aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

## b) Naturaleza alimenticia

Claramente, en la indicación del Ejecutivo, la pensión compensatoria tenía una marcada naturaleza alimenticia<sup>34</sup>. Tanto es así que el senador Alberto Espina expresa que en el caso del divorcio los cónyuges siempre podrán acordar derechos y obligaciones de carácter económico para paliar los efectos que éste produzca; y que si no hay acuerdo y se acredita que uno de los cónyuges quedará privado de los medios necesarios para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, el tribunal podrá decretar cualesquiera de las medidas aludidas y añade que si se ordena el pago de una pensión periódica, ésta debe ser considerada alimentos para todos los efectos legales<sup>35</sup>. En la opinión del Senador si el divorcio es por culpa, el cónyuge inocente podría demandar al culpable la correspondiente indemnización de daños según las reglas generales<sup>36</sup>. Se distingue claramente entre la pensión compensatoria que tendría una naturaleza alimenticia y la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados por los hechos constitutivos de la causal de divorcio.

## c) Naturaleza jurídica compensatoria de un menoscabo económico

Posteriormente, se diluye el carácter alimenticio y surge la idea de compensación o indemnización de un menoscabo económico que produce la terminación del matrimonio. La ex ministra directora del Servicio Nacional de la Mujer, Sra. Adriana Delpiano, sugiere que el juez deberá evitar que como consecuencia del divorcio se produzca un desequilibrio económico entre los cónyuges, no sólo por la falta de equiparidad patrimonial al momento de la disolución sino, también, por las perspectivas económicas futuras de uno y de otro. En caso de producirse este desequilibrio el juez deberá fijar una prestación compensatoria a favor del cónyuge afectado<sup>37</sup>. No se trata de

<sup>34</sup> Así lo reconoce expresamente el senador José Antonio Viera Gallo al aseverar: “la propuesta mencionada razona en torno al derecho de alimentos. La legislación extranjera apunta, en cambio, a las compensaciones entre los cónyuges por el desequilibrio económico que se producirá entre ellos”, en “Informe...” (n. 9), p. 1.614.

<sup>35</sup> Y añade que el cónyuge obligado podrá eximirse de esta carga si acredita que, al cesar la convivencia, existieron situaciones o faltas imputables al cónyuge que la solicita, que le habrían bastado para pedir el divorcio por culpa o la separación judicial.

<sup>36</sup> El Senador afirma: “Las medidas deberán ser solicitadas a petición de parte y el beneficiado deberá optar entre estas medidas y la indemnización de perjuicios”, en “Informe...” (n. 9), p. 1.613.

<sup>37</sup> Prestación compensatoria que puede consistir o en la entrega de una suma de dinero, acciones o bienes, pudiendo el dinero pagarse en cuotas; o en la constitución de derechos reales de usufructo, uso o habitación.

alimentos, sino de una prestación a favor del cónyuge más débil, aquél que ha dedicado parte de su vida al cuidado de sus hijos y que por esa razón puede verse perjudicado en sus oportunidades futuras<sup>38</sup>. Tiene derecho a esta prestación el cónyuge más débil para el comienzo de una vida separada y lo es porque se verá perjudicado en sus oportunidades futuras<sup>39</sup>.

El ex ministro de Justicia, Sr. José Antonio Gómez, afirma que este sistema de compensación está operando en muchos países, y que tiene la gran ventaja de poner fin tempranamente a la discusión económica, evitando perpetuar el conflicto familiar, como ocurre con los alimentos, en que las solicitudes de rebaja o aumento son fuente de constantes enfrentamientos, eternizando las odiosidades. En su opinión, no deben existir alimentos después del divorcio, y no tiene objeciones en que se opte por la indemnización de perjuicios<sup>40</sup>. A mi juicio, el Ministro para hacer esta afirmación –aunque no hay constancia de ello– debe haberse apoyado en la experiencia de aquellos ordenamientos jurídicos que recogen la denominada doctrina del *clean break*.

El senador Sr. José Antonio Viera-Gallo introduce la noción de menoscabo económico a causa del divorcio que, a su entender, consiste en el hecho de que uno de los cónyuges deje de vivir en las condiciones imperantes al momento del divorcio. Citando la norma del *Código Civil* español, el Senador afirma que el acento no debe colocarse en el desequilibrio económico en relación con el otro cónyuge, sino en el empeoramiento de su situación económica comparada con la que tenía durante el matrimonio. Y en otro sitio asevera que esta institución trata de proteger al cónyuge más débil y con ello a la familia y al matrimonio. Si se quiere el divorcio o la nulidad se deberá compensar a la otra persona. Aprobar disposiciones como éstas –que él considera provínculo matrimonial– responde a la consideración del matrimonio como base principal de la familia<sup>41</sup>. Complementando las ideas del

<sup>38</sup> La ministra Sra. Adriana Delpiano observó que, conforme a la propuesta, la calificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario, son aspectos muy importantes para determinar si procede o no esta compensación. Lo que se está cautelando son las posibilidades futuras de la persona que no ha trabajado y ha estado al cuidado de sus hijos por muchos años. “Informe...” (n. 9), p. 1.617.

<sup>39</sup> En un momento la ministra Delpiano vincula a la prestación compensatoria con la culpa del obligado, y luego identifica su objeto con el lucro cesante que habría experimentado el cónyuge afectado y de ello podría inferirse que para ella la prestación tendría una naturaleza jurídica indemnizatoria. Después no insiste en este planteamiento.

<sup>40</sup> El Ministro expresa: “desde el momento en que se produce la ruptura de un matrimonio, debería evitarse que la relación se extienda en el tiempo, porque tenderá a deteriorarse cada vez más. Establecer una compensación como aquí está planteada, sin fijar tiempo, significará que se mantendrá esta colisión de intereses durante muchos años”. “Informe...” (n. 9), p. 1.615.

<sup>41</sup> El senador Sr. Alberto Espina expresa: “La compensación es particularmente importante en el divorcio solicitado por uno de los cónyuges cuando ha cesado la convivencia, porque

senador, la ex ministra Delpiano, explica que en la compensación económica lo que interesa es mirar la realidad futura porque uno de los cónyuges parte un paso más atrás<sup>42</sup>.

En el segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado se discute sobre la procedencia de la compensación cuando el régimen de bienes entre los cónyuges fuera la sociedad conyugal o la participación en los gananciales y su liquidación arroja un crédito de participación a favor del cónyuge más débil. Y a propósito de esa discusión y con el objetivo de delimitar el ámbito de la compensación económica y su finalidad, el senador Alberto Espina afirma que el menoscabo económico o perjuicio –como lo llama– se proyectará en el futuro, porque el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar no tendrá régimen de salud y jubilación y deberá empezar a trabajar con una profesión abandonada hace años o a una edad que no conseguirá trabajo remunerado. La compensación no persigue equilibrar patrimonios –como sí los regímenes patrimoniales mencionados– sino indemnizar a uno de los cónyuges por el menor incremento de su patrimonio, con vistas sobre todo a su subsistencia futura. Y la ex ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Sra. Cecilia Pérez, apoyando la opinión del Senador, explica que efectivamente la compensación procederá en forma independiente porque propende a que, considerando lo que dejó de ganar el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar, éste tenga, al terminar el matrimonio, un punto de partida que equivalga a aquél en que se encontraría de no haber mediado esa dedicación preferente<sup>43</sup>.

Finalmente, conviene consignar que de la discusión habida sobre el artículo 67, del proyecto aprobado por el Senado, que asimila las cuotas en que se divide la compensación a los alimentos debidos por ley para efectos de su cumplimiento, aparece que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica híbrida, que ni siquiera puede equipararse a la de una indemnización de daños. Así, el ministro de Justicia, D. Luis Bates, plantea que esa fórmula incrementaría las dudas acerca de la naturaleza jurídica de esta nueva institución, porque las consecuencias de llegar a la conclusión de que es indem-

si la mujer se casó, educó a sus hijos, estuvo con ellos todo el tiempo generalmente por una decisión del marido o de ambos y de la noche a la mañana ese matrimonio fracasa, el marido deberá asumir el costo de querer construir una nueva familia. No será gratis separarse”.

<sup>42</sup> La ministra Delpiano expresa: “Lo que importa es mirar la realidad futura, porque uno de los cónyuges parte un paso más atrás, con desventaja, porque hubo un tiempo en que no desarrolló una profesión o actividad económica, o no lo pudo hacer en plenitud. Sea por una decisión de ambos, o por necesidad, se dedicó fundamentalmente al cuidado de los hijos o a las labores del hogar y eso le ha restado posibilidades en cuanto a pensión previsional, desarrollo personal y le produce más dificultad para encontrar trabajo. Esas diferencias se le deben compensar económicamente, ése es el punto central”, en “Informe...” (n. 9).

<sup>43</sup> *Vide op. cit.*, pp. 70-71.

nización o alimentos, son diferentes. Atendidos los hechos que la originan, podría sostenerse que no se trataría de una indemnización de perjuicios, por cuanto ésta requiere de un ilícito previo, que en el caso no se produce, y que tampoco sería una pensión alimenticia, aunque los hechos podrían estimarse como causa de alimentos. Por su parte, la ex ministra directora del Servicio Nacional de la Mujer, Sra. Cecilia Pérez, sostiene que la compensación económica es una figura híbrida, sin embargo, precisa que a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución.

De lo expresado en este apartado es dable sostener que de la historia del establecimiento de la ley se infiere:

- i) Al legislador desde un principio le inquietó la situación del cónyuge al que la terminación del matrimonio le causara un menoscabo económico por haberse dedicado, durante el matrimonio, al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común y no haber desarrollado, por esa causa, una actividad remunerada y, por ello, le reconoce un derecho a una compensación;
- ii) Ese menoscabo se identifica con un empeoramiento de la situación que durante el matrimonio tenía el cónyuge referido y que se proyecta hacía el futuro y
- iii) La compensación no tiene una naturaleza alimenticia, sino simplemente compensatoria y su finalidad es evitar que este cónyuge comience su vida separada un pie más atrás que el otro.

Ella se diferencia manifiestamente de la eventual responsabilidad civil extracontractual por los daños que irrogan los hechos constitutivos de las causales del divorcio por culpa en tanto hecho ilícito.

## 2. *¿Naturaleza jurídica alimenticia o indemnizatoria?*

Como se anticipó, las posibilidades de calificación jurídica de la compensación económica son tres, o es una prestación alimenticia, o una de carácter indemnizatorio o, bien, posee una naturaleza jurídica propia que no puede inscribirse en ninguna institución preexistente.

Si el acento se pone en la falta o insuficiencia de medios para subsistir modestamente de un modo acorde a su posición social y en la mutabilidad de la compensación por cambio de las circunstancias, tendrá carácter alimenticio; en cambio, si el menoscabo económico se identifica con un daño que ha experimentado el cónyuge beneficiario y se vincula a la compensación con la culpa del otro cónyuge –en particular a la imputabilidad de la causa que dio origen al término del matrimonio– será una responsabilidad civil. No se trata de una cuestión fácil de resolver porque la compensación económica es una de las típicas instituciones que no coincide plenamente con ninguna otra.

Anticipando mi opinión, no cabe afirmar ni una ni otra naturaleza jurídica. No obstante, la compensación económica se aproxima a la idea de responsabilidad civil desde que la ley une la compensación con el menoscabo, pero no llega a identificarse con ella en términos de sostener sin más que el cónyuge acreedor es titular de una acción indemnizatoria en contra del cónyuge deudor regulada por el § I del capítulo 7º de la LMC y supletoriamente por el título 35º del libro IV del *Código Civil*. Ahora, no cabe excluir de plano el carácter alimenticio, porque la compensación económica en parte también cumple una finalidad asistencial similar a la asignada a los alimentos debidos por ley, tanto es así que entre las circunstancias de las que depende su procedencia y cuantía se hallan la situación patrimonial, la cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral; y la situación en materia de beneficios provisionales y de salud.

#### a) Naturaleza jurídica alimenticia

El divorcio pone fin a todos los efectos del matrimonio<sup>44</sup>. En lo que concierne al título para demandar alimentos o al derecho a los mismos, el artículo 60 de la LMC, en su parte final prescribe que tales efectos, incluido el derecho de alimentos, deben entenderse sin perjuicio de lo dispuesto por el §1 del capítulo 7º de las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio, y cuyo objetivo es la compensación económica. La sola lectura del precepto y su relación con el mencionado párrafo podría dar pie para sostener que cuando el divorcio o la nulidad causa un menoscabo al cónyuge más débil el derecho de alimentos subsiste para después del término del matrimonio bajo la forma de compensación económica. Pero ello no es así. Como se ha explicado, el derecho de alimentos o el título para pedirlos se extingue irrevocablemente con el divorcio. Empero, podría pensarse lo contrario si se considera:

- i) que el legislador incluye entre las circunstancias relevantes del artículo 62 de la LMC para la procedencia y fijación de la cuantía de la compensación la situación patrimonial de los cónyuges y
- ii) que se prescribe que cuando el cónyuge deudor careciere de bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación, el juez puede dividirla en tantas cuotas como fuere necesario y éstas se considerarán alimentos para los efectos de su cumplimiento<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> En el caso de la nulidad es más evidente porque el artículo 50 de la LMC ordena la restitución de las cosas al estado anterior a la celebración del matrimonio, como si éste jamás se hubiese celebrado

<sup>45</sup> Para un estudio de la obligación alimenticia de los cónyuges divorciados y su evolución en la tramitación de la LMC, *vid.* Susan TURNER, "Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil", en *Revista de Derecho*, vol. 16, Valdivia, 2004, pp. 88-95.

Sin embargo, y, aunque no pueda desconocerse que la compensación cumple, en cierta medida, una finalidad asistencial que es propia de los alimentos, ella no puede calificársela como tal. No todo lo que pueda calificarse de asistencial se identifica con los alimentos debidos por ley.

Entre las razones para descartar la naturaleza alimenticia de la compensación se cuentan las que siguen<sup>46</sup>:

- i) No constituye una condición para la compensación que el cónyuge beneficiario carezca de medios suficientes para su subsistencia, o dicho de otra forma, el menoscabo económico no es sinónimo de estado de necesidad o carencia de medios para la subsistencia. El beneficiario de la compensación puede tener medios e igualmente concluirse que el término del matrimonio le causó un menoscabo, siendo procedente la compensación. Por consiguiente, el hecho de que el legislador incluya en las circunstancias relevantes del artículo 62 de la LMC las facultades o la situación patrimonial de cada cónyuge, no es suficiente para convertirla en alimentos, principalmente porque, no es la única circunstancia a considerar, hay otras tan importantes o más, incluso, que aquélla.
- ii) La compensación se fija de una sola vez y es inmutable, aunque su pago sea en cuotas o por medio de la constitución de un derecho real y se produzca una variación posterior de las circunstancias que impliquen el empobrecimiento o enriquecimiento de alguno de los ex cónyuges.
- iii) El carácter no alimenticio de la compensación económica viene confirmado por el propio artículo 66 de la LMC, que sujeta las cuotas en que se divide la compensación, cuando el deudor careciere de bienes suficientes y no haya ofrecido otra garantía, al régimen especial del pago de las pensiones alimenticias. La ley considera las cuotas alimentos para el sólo efecto de su cumplimiento. Quiere decir que el legislador hace aplicable este régimen especial, procediendo todos los apremios y otras medidas aplicables al alimentario incumplidor en conformidad a la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, lo que representa una verdadera seguridad para el acreedor; tanto es así que puede evitar esta asimilación, ofreciendo una garantía suficiente califi-

---

<sup>46</sup> Carlos Pizarro Wilson añade como argumento para desechar la calificación de alimentos el que la mirada para determinar la procedencia de la compensación económica está volcada hacia el pasado. El juez debe considerar el sacrificio de alguno de los cónyuges en la vida marital. En principio no se trata de evaluar las necesidades futuras del cónyuge beneficiario, sino de todo aquello que no pudo ingresar a su patrimonio en razón del sacrificio durante el matrimonio. Esto no tiene nada que ver con los alimentos, los cuales se vinculan al deber de socorro y se fijan sobre la base de las necesidades económica del alimentario y las facultades económicas del alimentante. PIZARRO WILSON (n. 2), p. 87.

cada por el juez. De la norma se infiere que la compensación, aunque sea pagadera en cuotas por carecer el deudor de bienes suficientes, no constituye alimentos.

A lo expresado se agrega lo dicho a propósito de la historia del establecimiento de la ley. En un primer momento aparece la naturaleza alimenticia, pero rápidamente es desplazada por la idea de la compensación del menoscabo<sup>47</sup>.

#### b) Naturaleza jurídica indemnizatoria

De la historia del establecimiento de la ley, la opinión dominante en los sistemas de Derecho Comparado tomados como modelo por nuestro legislador<sup>48</sup> y las primeras voces de nuestra doctrina<sup>49</sup>, aparece que la compensación tiene una marcada naturaleza indemnizatoria. Sin embargo, ello no puede llevar a identificarla con una responsabilidad civil en sentido estricto<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Significativas son las palabras del senador D. Andrés Chadwick: “no se trata de alimentos, los cuales tienen como objetivo permitir la subsistencia. En cambio, esta institución pretende compensar una expectativa económica a la cual se habría renunciado para dedicarse exclusiva o preferentemente a la familia común”. En otro sitio, los senadores Andrés Chadwick y Alberto Espina coinciden en que: “la compensación no corresponde a alimentos, excepto en lo que atañe a su cumplimiento en ciertos casos, por lo que la modalidad de pago, de contado o en cuotas, que se adopte es irrelevante respecto del monto fijado”. *Vid.* “Informe...” (n. 9), pp. 198-199.

<sup>48</sup> Por todos ROCA TRÍAS (n. 10), p. 189 y ss; GARCÍA CANTERO (n. 6), p. 429 ss; Herminia CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 25; SERIAUX, Alain, “La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 1, Paris, 1997, pp. 53-66.

<sup>49</sup> Javier Barrientos y Aranzazu Novales afirman: “sobre la base del examen que se ha hecho de la historia fidedigna del establecimiento de la ley en sede de ‘compensación económica’ y, en particular, de las disposiciones contenidas en los artículos 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil, pareciera que el fundamento central de ella es de carácter resarcitorio de ciertos perjuicios, ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar”. BARRIENTOS GRANDÓN - NOVALES ALQUÉZAR (n. 1), p. 420. Por su parte, Carlos Pizarro Wilson sostiene: “la propia expresión compensación conlleva de manera inevitable la idea de indemnización. El texto legal señala que se trata de compensar el menoscabo económico. La compensación involucra una pérdida consumada o, al menos, previsible, en razón de un hecho acaecido con anterioridad” y más adelante agrega: “La ‘compensación económica’ presenta un marcado carácter indemnizatorio”, PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 88-89. Susan Turner explica que la finalidad de la compensación económica es el resarcimiento de un daño que pudo haberse producido aun antes del divorcio o nulidad y que, así acumulado, se hace exigible con la sentencia respectiva y en otro sitio afirma que la compensación económica participa de la naturaleza reparatoria de la pensión compensatoria española. TURNER (n. 45), pp. 97-99.

<sup>50</sup> Reconociendo que la compensación económica no coincide plenamente con una indemnización de daños el profesor Pizarro Wilson expresa que la compensación económica

En esta institución hay un daño objetivo, que es el menoscabo económico y que se identifica con el desequilibrio o disparidad entre los cónyuges que implica un empeoramiento de la posición de uno de ellos para el futuro. Su causa inmediata es el divorcio o la nulidad, sin embargo, su causa mediata y determinante son las condiciones en las que se desarrolló la vida matrimonial<sup>51</sup>. Se busca compensar al que más pierde con el divorcio o la nulidad del matrimonio, corrigiendo el empobrecimiento, manifestado en forma de carencia económica, hasta ese momento latente y que pone en evidencia la terminación del matrimonio,

En el Derecho español, tanto la doctrina como la jurisprudencia de sus tribunales han matizado la naturaleza indemnizatoria de la pensión compensatoria, equivalente a nuestra compensación por menoscabo económico. Así, la profesora Encarna Roca Trías afirma que la pensión compensatoria del artículo 97 del *Código Civil* español constituye un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo consistente en el desequilibrio económico consecuencia de la separación y el divorcio. Sin embargo, ella precisa que esa afirmación no debe llevar a entender que la pensión tenga la naturaleza de la responsabilidad civil. En su opinión, no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo que constituye su supuesto de hecho viene a ser caracterizado por en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio. Se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio<sup>52</sup>. Y en otro sitio explica que se trata de perjuicios objetivos

no puede considerarse una genuina indemnización de perjuicios, principalmente porque ella no exige culpa del cónyuge deudor y porque considera relevante la buena o mala fe del cónyuge deudor. Más adelante dice que en la nueva normativa, la compensación económica presenta un carácter indemnizatorio atenuado y ello porque equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a las labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. Y agrega que el cónyuge es obligado a la compensación por el enriquecimiento que experimenta y por el empobrecimiento del cónyuge beneficiario, vinculando, así, su naturaleza jurídica con el enriquecimiento a expensas de otro. Finalmente, concluye que pese a este carácter indemnizatorio, los criterios para fijar su monto están, más bien, orientados a permitir un cierto equilibrio en la situación del cónyuge beneficiario hacia el futuro. PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 89-90.

<sup>51</sup> En la doctrina española Herminia Campuzano Tomé afirma: “tal derecho nace y es una consecuencia directa de la separación y divorcio” y agrega: “hay que distinguir entre presupuestos necesarios para hacer surgir la posibilidad de solicitar la pensión, dentro de los cuales quedaría encuadrada la sentencia de separación o divorcio y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la misma, incluyéndose aquí el fundamental desequilibrio económico; es en éste donde la relación matrimonial adquiere una importancia decisiva”. CAMPUZANO TOMÉ (n. 49), p. 26.

<sup>52</sup> ROCA TRÍAS (n. 10), pp. 146-147.

porque sólo se tiene en cuenta el equilibrio entre los patrimonios de los ex esposos y no la participación de cada uno de ellos en las causas de la ruptura<sup>53</sup>. La autora, para demostrar que es una indemnización que no responde a los criterios de la responsabilidad civil, cita dos sentencias dictadas por audiencias provinciales en las que queda en evidencia aquello y, además, vinculan a la pensión con las condiciones de vida futura del cónyuge perjudicado y la pérdida de costes de oportunidad que le causó el matrimonio.

- i) La sentencia de 30 de enero de 1995 de la Audiencia Provincial de Cádiz declara que la pensión económica debe

“conectarse necesariamente con la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un status económico autónomo para el cónyuge perjudicado y con la posibilidad real de acceder al mercado de trabajo [...]. En definitiva, pues, la pensión compensatoria debe ser consecuencia fundamentalmente de las condiciones en que se ha desarrollado la vida conyugal, lógicamente apreciadas desde el punto de vista económico [...]”<sup>54</sup> y

- ii) La sentencia de 5 de julio de 1995, de la Audiencia Provincial de Toledo, define el desequilibrio económico considerando que:

“tiene carácter estrictamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio en la posición económica de uno de los cónyuges respecto a la conservación por el otro, en relación con la que ambos venían disfrutando durante el matrimonio, que tiende específicamente a evitar que la ruptura o cesación de la vida cónyuge suponga para uno de los esposos un descenso del nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de esta relación, con independencia de la situación de necesidad mayor o menor del acreedor, dada la naturaleza esencialmente no alimenticia de la misma, pero teniendo en cuenta las expectativas de bienestar económico que la situación matrimonial pudiera haber ido creando en el cónyuge solicitante, en base a las condiciones de índole material bajo las que hubiere desarrollado y conformado la vida conyugal, no debiendo entenderse

---

<sup>53</sup> Encarna ROCA TRIAS, “El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad”, en Luis DÍEZ-PICAZO (ed.), *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales. División Interdisciplinar de la Familia*, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1984, p. 227

<sup>54</sup> Audiencia Provincial del Cádiz, Aranzadi Civil, p. 166.

como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación determinado automáticamente por el hecho de contraer matrimonio”<sup>55</sup>.

La compensación económica no responde a la estructura y criterios propios de la responsabilidad civil. Y ello principalmente por tres razones:

- i) No concurre el elemento esencial del daño, que sobreentiende la anti-juricidad y la imputación causal a la conducta de otro. Técnicamente no es correcto decir que el cónyuge más débil ha sido víctima de un daño. No puede afirmarse que el autor de ese menoscabo sea el cónyuge deudor. La ley impone la obligación de compensar porque el divorcio o nulidad causa un menoscabo que tiene su causa última en cómo se desarrolló la vida matrimonial, sin interesar por qué el cónyuge acreedor optó por dedicarse a la familia, renunciando a su desarrollo profesional o laboral. Llevando las cosas a un extremo podría decirse que fue el mismo cónyuge beneficiario el que se autoinfringió el menoscabo al optar por dedicarse a la familia. En sentido estricto el menoscabo provendría de las referidas condiciones de la vida matrimonial.
- ii) La compensación procede al margen de la culpa del cónyuge deudor<sup>56</sup>, y de cualquiera otra valoración de su conducta, pudiendo perfectamente ser el cónyuge inocente su deudor y el culpable su acreedor (artículo 54 de la LMC) o su acreedor quien haya solicitado el divorcio unilateralmente (artículo 55 de la LMC). Procede en toda clase de divorcio y a favor del cónyuge que experimenta un menoscabo. Distinto es que el legislador considere para admitir la compensación o medir su cuantía, la culpa o la buena o mala fe del cónyuge que la demanda. Quiere decir que si la causa de divorcio es imputable a ese cónyuge o si celebró el matrimonio de mala fe, el juez, bien puede denegar la compensación, bien puede disminuirla prudencialmente. La culpa o la mala fe no inciden en la imposición de la obligación, sino en su titularidad o monto. Interesa la culpa o mala fe del cónyuge beneficiario, no así del obligado a pagarla<sup>57</sup>. La obligación de compensar se desenvuelve sobre la base de criterios estrictamente objetivos<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Audiencia Provincial de Toledo, Aranzadi Civil, p. 1.567.

<sup>56</sup> Cfr. BARRIENTOS GRANDON - NOVALES ALQUÉZAR (n. 1), p. 420; PIZARRO WILSON (n. 2), p. 89.

<sup>57</sup> En contra TURNER (n. 12), p. 100. La profesora sostiene que en el sistema que instaura la LMC consagra un nuevo criterio de atribución y de determinación de la compensación económica: la culpabilidad de alguno de los cónyuges. Y agrega que tanto la circunstancia de la buena fe o mala fe introducida en el artículo 62 como la remisión de su inciso 2º al divorcio por culpa, denotan una concepción de compensación económica como la sanción pecuniaria ligada al divorcio.

<sup>58</sup> Cabe consignar que no es suficiente para excluir la idea de la responsabilidad civil el que la ley no considere la culpa del deudor; porque hay otros factores de imputación, que

iii) No concurre aquí el principio propio de la responsabilidad civil, que consiste en restituir las cosas al estado anterior, no es función de la compensación ubicar al cónyuge en la misma situación como si el matrimonio no se hubiese celebrado o su terminación no hubiese tenido lugar. La mirada es hacia el futuro.

Habría que preguntarse, entonces, qué es la compensación económica o cuál es su verdadera naturaleza jurídica. Intentaré aproximarme a ello a continuación.

### *3. Obligación de origen legal de compensar un menoscabo económico que causa el divorcio o nulidad*

#### a) La compensación económica no constituye una responsabilidad civil

La compensación económica es un derecho y correlativamente una obligación, de origen legal, cuyo objetivo es corregir la disparidad que el divorcio o la nulidad producen, evitando un empeoramiento futuro. El deudor es el cónyuge que trabajó o lo hizo en mayor medida que el otro y el acreedor es aquél dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, siempre y cuando el divorcio o la nulidad le irroguen un menoscabo.

No hay responsabilidad civil, sencillamente, la ley reacciona ante el menoscabo económico y protege al cónyuge que lo experimenta. Y el legislador chileno se inclina por poner de cargo del otro cónyuge la obligación de compensar al más débil; pudiendo haber optado por otra solución, como la subsistencia del deber de socorro o trasladando el costo de la compensación al Estado, mediante el establecimiento de un sistema de seguridad social<sup>59</sup>.

El título que justifica la imposición de la obligación de compensación al cónyuge deudor es la propia ley. La compensación no repara el menoscabo, sino que corrige una disparidad, y, de esa forma, se previene un empeoramiento del cónyuge más débil. Para este fin el legislador obliga considerar

tampoco integran el supuesto típico de la compensación. No es extraño que el Derecho de Daños abandone el criterio de la culpa y atribuya responsabilidad apoyándose en otros criterios, como el riesgo o la posibilidad de controlarlo en determinadas circunstancias.

<sup>59</sup> Según la profesora Encarna Roca Trias frente a las consecuencias económicas que produce el divorcio puede optarse entre un sistema público de pensiones o uno privado de soporte por parte del ex cónyuge, siendo probablemente una solución correcta aquélla que permitiera al cónyuge pasar a depender del sistema de asistencia social cuando no acredita ya más derecho a socorro mutuo y la consiguiente obligación de alimentos frente a su cónyuge, porque se ha divorciado; pero esta propuesta es utópica en España, país en el cual hoy está en cuestión el estado del bienestar. ROCA TRIAS (n. 10), pp. 176-177.

el pasado para posteriormente mirar hacia el futuro<sup>60</sup>. En el pasado están las condiciones en las que se desarrolló la vida matrimonial, el germen del empobrecimiento, del menoscabo y, en el futuro, las condiciones en que cada cónyuge enfrentará su vida. Aparecen dos palabras claves vinculadas con la función de la compensación: ‘corregir’ y ‘prevenir’ ¿Y cómo lo logra? Proporcionando al cónyuge acreedor una base cierta para que encare su porvenir en condiciones adecuadas y que, en todo caso, le aseguren cierta autonomía económica. No se trata de garantizar la conservación del estatus económico matrimonial, sino, más bien, una vida separada autónoma económicamente. Lo primero supondría atribuir al matrimonio ciertos efectos que se extenderían más allá de su terminación. El punto de partida para decidir sobre la procedencia, o no, de la compensación económica es considerar que los cónyuges son capaces de autosatisfacerse económicamente. Es por ello que los primeros criterios que aplicará el juez son el de la situación patrimonial de los cónyuges, la cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge más débil.

A pesar de que el tenor literal del artículo 61 de la LMC da la impresión que la expresión ‘compensar’ significa indemnizar y ‘menoscabo económico’ una especial clase de daño<sup>61</sup>; a mi juicio, el legislador emplea la expresión *compensar* en otro sentido; significando igualar en opuesto efecto de una cosa con el de otra. Esta idea de igualar –la situación económica de los cónyuges– aparece más claro y apropiado a la finalidad perseguida por la institución que se hace objeto de estudio y sus fundamentos jurídicos, y sobre todo si recurre a las disposiciones homólogas de los sistemas que le sirvieron de modelo, en particular, las de los artículos 270 de *Código Civil* francés y 97 del *Código Civil* español. Según la primera, la ley impone la obligación de compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio hubiera creado en las condiciones de vida respectivas; y conforme la segunda, se impone cuando el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Quiere decir, entonces, que conforme estas disposiciones, la prestación o pensión compensatoria tiene por finalidad corregir el desequilibrio

<sup>60</sup> Cfr. SERIAUX (n. 48), p. 53. El autor expresa que la prestación económica del derecho francés viene perpetuar un pasado que incluye la representación de un futuro previsible.

<sup>61</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON (n. 2), p. 88. El autor expresa: “la propia expresión compensación conlleva de manera inevitable la idea de indemnización. El texto legal señala que se trata de ‘compensar’ el ‘menoscabo económico’. La compensación involucra una pérdida consumada o, al menos, previsible, en razón de un hecho acaecido con anterioridad. En este sentido la compensación económica se asemeja al lucro cesante, entendido éste, como las ganancias no percibidas en razón de un ilícito civil. Surge la necesidad, entonces, de evaluar la relación entre la compensación económica y la responsabilidad civil”.

económico entre los cónyuges; o la disparidad en las respectivas condiciones de vida, ello en miras a su vida futura y separada, en especial, del más débil.

La aplicación de estas disposiciones implica comparar la situación económica de los dos cónyuges y si de ello aparece un desequilibrio o disparidad, la prestación o pensión compensatoria busca dejarlos en un pie de igualdad para comenzar una vida separada y autónoma. Esta igualación debe entenderse, entonces, como una nivelación de situaciones económicas dispares y el fundamento: el empobrecimiento arrastrado durante la vida en común que al terminar el matrimonio carece de una causa.

De cualquier forma, el sistema de compensación del Derecho francés resulta mucho más familiar, nuestra LMC sigue el modelo que allí se implanta, puesto que la compensación representa una suma alzada de dinero o de bienes que representan la base cierta de la que se habla, zanjándose el problema de una sola vez, sobre la base de un verdadero juicio de previsibilidad respecto de la situación económica futura del cónyuge a quien el divorcio o nulidad causa un menoscabo.

El significado de la expresión ‘*compensación*’ utilizado por el legislador patrio calza perfectamente con la que emplea el Derecho alemán al regular la compensación de los derechos de pensión –públicos o privados– adquiridos durante el matrimonio, que complementan los alimentos posdivorcio que ese régimen prevé<sup>62</sup>. Si bien se trata de una institución ajena al ordenamiento jurídico chileno, la finalidad se aproxima a la de nuestra compensación económica. En Alemania los cónyuges divorciados deben compensarse recíprocamente los derechos futuros de pensión de vejez e invalidez. Se calculan los derechos futuros de que será titular uno y otro cónyuge, de manera que quien se halla en una mejor situación –el que los ha adquirido en una mayor cuantía– deberá procurar al otro una suma equivalente a la mitad del valor del excedente<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Vide el §1587 (1) del BGB alemán “(1) Habrá una pensión compensatoria entre los cónyuges divorciados en caso de que durante el matrimonio se hubieran constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos las esperanzas de derecho o expectativas de un futuro pago de una pensión por causa de edad o de incapacidad laboral o profesional de las mencionadas en el § 1587 apartado 2. No se tomarán en cuenta las esperanzas de derecho o expectativas de pago que no hubieran sido constituidas o mantenidas en base al trabajo o al patrimonio de los cónyuges”; y el §1587 a (1) “(1) El cónyuge obligado a compensar será aquél con las esperanzas de derechos o expectativas de pago más elevadas en cuanto a su valor, relativas a una pensión a compensar. Al cónyuge beneficiario le corresponderá la mitad de la diferencia de valor como compensación”.

<sup>63</sup> Se asemeja a la función del régimen de participación en los gananciales. Sin embargo, no se trata propiamente de una ganancia, sino de una inversión hecha durante el matrimonio y que uno de los cónyuges, o no la pudo hacer por dedicarse al hogar común o a los hijos o, bien, la hizo en una menor medida que su otro cónyuge. Es decir, detrás de esta institución –compatible con el derecho a mantenimiento posterior al divorcio [pensión alimenticia] regulada por los

Esta nivelación sinónima de compensación exige al juez tomar en cuenta el pasado para mirar hacia el futuro. En el pasado están las condiciones en las que se desarrolló la vida matrimonial, la dedicación de uno de los cónyuges y su postergación laboral o profesional –el empobrecimiento que se va arrastrando imperceptiblemente– y en el futuro las previsible condiciones económicas en que ese cónyuge enfrentará su vida futura.

Entendida así la compensación, su procedencia y la determinación de su cuantía se hace necesario considerar la situación patrimonial de ambos cónyuges, la edad y el estado de salud; y la cualificación profesional y posibilidades futuras de realización material del cónyuge que la reclama. Tanto en los modelos del Derecho Comparado como en el chileno, el juez debe atender necesariamente a estas circunstancias, las que dependerán según sea el caso.

Entonces, no se trata de nivelar patrimonios, sino condiciones económicas para enfrentar el futuro. No quiere decir que la situación patrimonial de los cónyuges sea irrelevante; por el contrario, lo es y bastante, al punto que podría llevar a excluir la compensación o rebajarla considerablemente o, bien, justificarla del todo<sup>64</sup>.

De lo hasta aquí expresado puedo concluir que la compensación económica no constituye una forma de responsabilidad civil; es una obligación impuesta por la ley a uno de los cónyuges y que tiene por objetivo corregir el menoscabo económico que el divorcio o nulidad produce como un efecto inmediato. Al momento de contraer matrimonio cada uno de los cónyuges tendrá que contar con la posibilidad que si el otro cónyuge durante su vigencia deja de desarrollar una actividad remunerada por dedicarse a la familia y sobreviene su terminación, podrá quedar obligado, atendidas ciertas circunstancias, a pagar una suma de dinero o una prestación suficiente para que el beneficiario rehaga su vida separada y consiga un estatus económico autónomo adecuado a sus circunstancias y a las del cónyuge deudor. Durante el matrimonio ambos tienen título legal para demandar compensación económica a su término, sin embargo, el derecho a ella nacerá, o no, dependiendo de cómo se desenvuelva la vida matrimonial. Si tuviese que expresarlo en términos de responsabilidad contractual –sin asignarle a la compensación esa naturaleza jurídica– el menoscabo económico por divorcio o nulidad es, en todo caso, previsible al momento de la celebración del matrimonio y, por consiguiente,

§1569 a 1586 del *BGB*– está el mismo fundamento y finalidad de la compensación económica de la LMC chilena.

<sup>64</sup> Como se verá en el caso chileno, perfectamente es dable plantearse casos en los que a pesar de concurrir el supuesto típico del artículo 61, la compensación queda excluida dado que la nulidad o el divorcio no provocó menoscabo económico en ese cónyuge, porque tiene bienes suficientes –cualquiera sea su origen– para rehacer su vida separada autónomamente.

los cónyuges deben contar con la posibilidad de quedar alguno obligado a su compensación si el matrimonio termina por divorcio o nulidad.

En la doctrina española, la profesora María Paz García Rubio<sup>65</sup> rechaza de plano la naturaleza indemnizatoria de la pensión compensatoria y entiende que actúa como remedio corrector del desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata del divorcio. No le parece que la configuración indemnizatoria sea la más satisfactoria, dado que debe tenderse a que las personas divorciadas sean en lo posible autosuficientes y se procuren de manera independiente sus propios medios de vida sin tratar de basar en el matrimonio deshecho una renta posición y por esta consideración cree que el único fundamento que puede llegar a justificar la existencia de una prestación económica entre los divorciados es, precisa y únicamente, la necesidad de uno de ellos, pero no cualquier necesidad sino aquella que haya tenido su causa desencadenante en el anterior matrimonio y en el posterior divorcio<sup>66</sup>. Por su parte, la profesora Roca Trías reconoce que la pensión compensatoria tiene por finalidad evitar que un cónyuge salga perjudicado a costa de otro como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad de no continuar casado<sup>67</sup>. Y, como se ha visto, en la jurisprudencia española la pensión compensatoria cumple una verdadera función niveladora al permitir que el cónyuge perjudicado pueda rehacer su vida y conseguir un estatus económico autónomo.

#### b) La compensación económica y las denominadas indemnizaciones por sacrificio

Si se insiste en aludir a la compensación económica como una indemnización a que tiene derecho el cónyuge del artículo 61 de la LMC, podría asimilarse a aquellos casos en los que la ley obliga al pago de una *indemnización* que no es constitutiva de una responsabilidad civil propiamente dicha desde que no concurren sus elementos caracterizadores. En estos supuestos la ley impone la obligación de realizar una prestación dineraria a la que llama indemnización y el fundamento jurídico de esta imposición es, o una desigual distribución de cargas, o una situación de sacrificio especial, o simplemente una situación de enriquecimiento a expensa de otro. En la doctrina española Luis Díez Picazo denomina a estas prestaciones *indemnizaciones por sacrificio* y al referirse a ellas afirma que el hecho de que la responsabilidad extracontractual cumpla una función de indemnizar un daño, obliga a separar las compensaciones que las

<sup>65</sup> GARCÍA RUBIO (n. 25), pp. 155-156.

<sup>66</sup> Cabe precisar que previo a esta reflexión la profesora separa claramente la pensión compensatoria por divorcio de los alimentos debidos por ley.

<sup>67</sup> ROCA TRÍAS (n. 10), pp. 178-179.

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. Y agrega que en las leyes y en la práctica jurídica se las denomina a estas compensaciones a veces *indemnizaciones* sin que exista inconveniente en admitir un uso amplio y equívoco de la palabra, siempre que se tenga bien claro que las *indemnizaciones por sacrificio* son netamente distintas de las genuinas *indemnizaciones de daños*<sup>68</sup>. En Chile, el profesor Hernán Corral Talciani, siguiendo al autor español, explica que en ocasiones las leyes emplean el vocablo ‘indemnización’ de un modo amplio para designar una suma que debe pagarse al que soporta una carga o privación de un derecho por un imperativo jurídico justificado y cita los casos de expropiación por causa de necesidad o utilidad pública del artículo 19 N° 24 de la *Constitución* y el de las servidumbres legales del artículo 847 del *Código Civil* o las establecidas por otras leyes especiales<sup>69</sup>. Estos casos de indemnización tienen un régimen propio y obedecen a principios diversos de los de la responsabilidad civil<sup>70</sup>.

Podría sumarse a los ejemplos propuestos por el profesor Hernán 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’ o ‘nivelación’. Como explica Luis Díez-Picazo, si se impone la idea de aludir a la compensación económica como una *indemnización* debe tenerse muy claro que no corresponde a una genuina indemnización propia de la responsabilidad civil. El derecho a la compensación reconocido a uno de los cónyuges se explica en último término en el empobrecimiento que se arrastra durante el matrimonio en provecho de la comunidad de vida que implica el matrimonio y que aflora con su terminación como un empobrecimiento que no tiene causa.

#### *4. Reflexiones finales sobre la naturaleza jurídica de la compensación económica*

Si se acepta que la compensación económica no tiene una naturaleza jurídica indemnizatoria, no procede recurrir a las reglas y principios comunes

<sup>68</sup> Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 56-57.

<sup>69</sup> También se ubican dentro de esta idea los supuestos típicos de enriquecimiento sin causa en los que la ley emplea la expresión ‘indemnización’ para referirse a la restitución a que da lugar, como ocurre en el caso de la responsabilidad del que recibe provecho del dolo ajeno según los artículos 1458 y 2316 del *Código Civil*; quien no es responsable por el daño causado, sino simplemente obligado a la prestación de una suma de dinero hasta el importe de su provecho. Claramente, el fundamento no es el daño inferido a otro, sino el enriquecimiento a costa del daño de otro.

<sup>70</sup> Hernán CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 61-63.

de la responsabilidad civil por delito o cuasidelito para suplir sus vacíos o lagunas, ni como criterios de interpretación de los preceptos que la regulan. Tales vacíos o lagunas se suplirán recurriendo a las reglas y principios contenidos en la propia LMC, adquiriendo especial relevancia su artículo 3º, que consagra el principio de protección del interés del cónyuge más débil. Una vez establecido el derecho y obligación correlativa a la compensación serán aplicables en forma supletoria las reglas generales en materia de efectos de las obligaciones del libro IV del *Código Civil*, en especial aquéllas sobre las consecuencias de su incumplimiento.

Por consiguiente, la extensión de la compensación queda delimitada, comprendiendo una suma de dinero o bienes que permita al cónyuge más débil rehacer su vida en un plano de igualdad con el otro obligado a pagarla, de manera que consiga un estatus económico autónomo adecuado. Se excluye, entonces, el lucro cesante que algunos autores estiman comprendido en la compensación y que se justificaría porque el cónyuge dejó de percibir una remuneración por dedicarse a la familia, o una parte de dicha remuneración por no haber podido desarrollar una actividad lucrativa en la medida que podía y quería. Tampoco comprendería las remuneraciones por dicha dedicación. Estas partidas son imposibles de medir o cuantificar y atentan contra la propia idea de la comunidad de vida matrimonial y que implica que cada uno de los cónyuges aportan de manera recíproca algo que con posterioridad se confunde con un todo indivisible. El papel de cada uno de los cónyuges en esta comunidad obedece al ejercicio libre de una opción personal.

Finalmente, si el cónyuge estima que el otro le ha inferido un daño con ocasión de la conducta que configura la causal de divorcio sanción (artículo 54 de la LMC) puede demandarlo en sede de responsabilidad civil extracontractual según las reglas generales y si el que la demanda es el cónyuge beneficiario de la compensación, ésta será compatible con la indemnización que obtenga.

#### IV. LA COMPENSACIÓN POR MENOSCAMBO ECONÓMICO. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES

##### *1. Elementos constitutivos de la compensación por menoscambo económico*

Desde el ángulo del cónyuge deudor, la compensación representa una obligación de origen legal a favor del cónyuge beneficiario, titular de un derecho personal o crédito que comparte el mismo origen. Y el objetivo de esta obligación-derecho consiste en corregir la disparidad económica que se produce

con la terminación del matrimonio; se busca situar a los cónyuges divorciados en un plano de cierta igualdad para rehacer cada uno su vida futura separada, evitando que uno de ellos vea empeorada su situación económica.

Los elementos constitutivos de la compensación, necesarios para que nazca la obligación y el correlativo derecho, son los que siguen:

- a) Que uno de los cónyuges se dedicó durante el matrimonio, exclusiva o preferentemente, al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.
- b) Que por esa dedicación –y no por otra causa– ese cónyuge no haya desarrollado una actividad remunerada o lo haya hecho en una menor medida que la que podía y quería.
- c) Que el divorcio o nulidad matrimonial cause a ese cónyuge un menoscabo económico<sup>71</sup>.

El posible acreedor o beneficiario de la compensación es el cónyuge respecto de quien concurren los dos primeros elementos. Éste es el más débil para estos efectos. No quiere decir que la sola concurrencia de los elementos de las letras a) y b) del párrafo anterior, determine el nacimiento del derecho a la compensación. El cónyuge del supuesto del artículo 61 de la LMC no necesariamente sufrirá un menoscabo al terminar el matrimonio por divorcio o nulidad; es probable que así sea, pero dependerá, en último término, de las circunstancias del artículo 62 de la LMC, esenciales para fijar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de su compensación. Por esta razón se presenta como un tercer elemento, distinto de los anteriores, la existencia del menoscabo económico. De esta forma, si después de ponderar tales circunstancias el juez resuelve que la ruptura no causa un menoscabo al requirente, habrá que negar lugar a la demanda<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> En la doctrina, el profesor Pizarro Wilson, señala que las condiciones o elementos necesarios para que proceda la compensación económica son: a) Dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. b) Ausencia o reducción en la actividad remunerada del cónyuge beneficiario. c) Menoscabo económico. Además, sostiene que puede señalarse que una condición eventual de la compensación económica tratándose del divorcio basado en la culpa consiste en que el juez no aplique la prerrogativa otorgada en el citado artículo 62, que le autoriza a declarar improcedente la compensación, pese a la existencia del menoscabo o a reducir su cuantía. PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 91-92.

<sup>72</sup> Lo dicho viene confirmado por los propios artículos 61 y 62 de la LMC. De un extremo, el artículo 61 prescribe que el cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada tendrá derecho a que se le compense el menoscabo sufrido por esta causa cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad. O sea, el derecho a la compensación nace cuando se produce el menoscabo económico y no es un efecto necesario de la concurrencia del supuesto de la norma. Y, de otro, el artículo 62 prescribe lapidariamente: “para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará especialmente [...]”.

## a) Supuesto típico de la compensación económica

El supuesto único de la compensación económica es el descrito por el artículo 61, y que se confunde con la concurrencia de sus dos primeros elementos constitutivos. Uno de los cónyuges ha optado, sin interesar sus razones<sup>73</sup>, por dedicarse a la familia, renunciando a desarrollar una actividad remunerada como podía y quería. La causa exclusiva de su renuncia debe ser la dedicación, durante el matrimonio, a la familia y no otra distinta. Los elementos genéticos de la compensación están representados por la forma en que se desarrolló la vida matrimonial y sólo con el divorcio o nulidad afloran en la forma de menoscabo económico y el cónyuge afectado es precisamente aquél que optó por la familia.

La causa inmediata del menoscabo económico es el divorcio o nulidad y su causa mediata, pero determinante, está en el pasado, en las condiciones de la vida matrimonial a las que se refiere el artículo 61, el cual reconoce expresamente la distinción entre causa inmediata y mediata al prescribir que se tendrá el derecho a la compensación cuando el divorcio o la nulidad causen un menoscabo económico (causa inmediata), siempre que sea por no haber desarrollado una actividad remunerada por dedicarse al hogar o los hijos (causa mediata)<sup>74</sup>. Si no se declara el divorcio o la nulidad, aunque durante el matrimonio concurra el supuesto típico, no habrá lugar a la compensación. El menoscabo se desencadena y aflora con la terminación del matrimonio.

Los casos que más dificultades presentarán en la práctica refieren a aquellos que el demandante de compensación afirma que no dejó de desarrollar una actividad remunerada, sino que lo hizo en una menor medida que la que podía y quería. El artículo 62 del proyecto del Senado se hacía cargo de esta situación y reconocía el derecho a la compensación económica al cónyuge que se ha “dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común”. Sin embargo, la ley aprobada no hace esta distinción y por esta razón el cónyuge que pretende la compensación deberá probar que por su dedicación a la familia no pudo desarrollar una actividad como podía y quería y que de la declaración de divorcio o nulidad se sigue un menoscabo económico. No hay comparación, sino que basta con acreditar

<sup>73</sup> El profesor Pizarro Wilson expresa: “No reviste importancia si la dedicación al cuidado de los hijos o a las tareas propias del hogar común tuvieron su origen en la voluntad del cónyuge beneficiario o en una situación impuesta, ya sea por el otro cónyuge o por las circunstancias. Se trata de un elemento objetivo que debe acreditarse por el cónyuge demandante”, PIZARRO WILSON (n. 2), p. 92.

<sup>74</sup> Así recoge en CAMPUZANO TOMÉ (n. 48), p. 26. La profesora expresa: “Es indudable que el derecho de pensión, si bien nace como consecuencia del divorcio o la separación, trae su causa mediata de la situación mantenida por los esposos durante el matrimonio”.

el menor desarrollo de la actividad, siendo indiferente las razones subjetivas, interesa y se considera el hecho objetivo “el menor desarrollo”.

#### b) El menoscabo económico sufrido por el cónyuge

Como se ha expresado, no basta con que concurra el supuesto típico de la compensación, es esencial su tercer elemento constitutivo, el menoscabo económico, que no se presume<sup>75</sup>, debe probarse por el demandante. En el juicio de compensación la prueba recaerá sobre el supuesto típico del artículo 61 y la existencia del menoscabo. En lo que concierne a la cuantificación de la compensación prevalecerá la valoración prudencial del juez, quien deberá adoptar cualquier criterio que justifique y dé certeza a las partes acerca de cómo alcanza a una determinada suma de dinero como, por ejemplo, calcular la medida de empobrecimiento del cónyuge demandante y aplicar sobre ella los criterios del artículo 62 de la LMC o los que estime pertinentes según sea el caso.

Pero, ¿qué debe entenderse por menoscabo económico? De la historia del establecimiento de la ley, de los modelos de Derecho Comparado relevantes y de la opinión de los autores nacionales, aparece que es la carencia de medios del cónyuge beneficiario para enfrentar su vida separada en el futuro y que es consecuencia de la disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio. El cónyuge que se dedicó a la familia durante el matrimonio queda en un plano de desigualdad respecto del otro que sí desarrolló una actividad remunerada.

No es suficiente considerar objetivamente la disparidad y la consiguiente carencia actual de medios, a partir de la actual capacidad o incapacidad de generar ingresos por parte del cónyuge demandante. El concepto de menoscabo económico es bastante más complejo y exige considerar todas las circunstancias del artículo 62 de la LMC y otras que el juez estime apropiadas para el caso. El concepto de menoscabo es uno de carácter subjetivo<sup>76</sup> y su-

<sup>75</sup> Con un planteamiento distinto PIZARRO WILSON (n. 2), p. 92 expresa: “el hecho objetivo de haberse dedicado al cuidado de los hijos o trabajar en menor medida, conlleva un menoscabo económico que debe compensarse”.

<sup>76</sup> En este sentido TURNER (n. 45), p. 100, afirma: “el art. 62 sigue la tesis subjetiva del derecho español al señalar que las circunstancias en él indicadas sirven para determinar tanto la existencia del menoscabo económico como la cuantía de la compensación. Es decir, tales circunstancias no sólo cumplen una función de cuantificación del menoscabo, sino que condicionan su propia existencia”. Y después añade: “[...] con esta concepción se disipa en parte el peligro de ver en la compensación económica derivada de una mera comparación aritmética de patrimonios, un derecho a mantener el nivel de vida del matrimonio o un derecho a nivelación o a una indiscriminada igualación y nos acercamos más a un mecanismo que pretende evitar que a consecuencia de la ruptura del vínculo se produzca entre los cónyuges una situación patrimonial abiertamente injusta”.

pone proyectar, sobre la base de un juicio de previsibilidad, las condiciones económicas futuras que puede alcanzar el cónyuge afectado después del divorcio o nulidad. Quiere decir que pese a una objetiva disparidad entre los cónyuges, si se atiende a las mencionadas circunstancias es posible concluir que no existe menoscabo, porque, en realidad, los cónyuges están en igualdad de condiciones económicas para enfrentar el futuro o que, si bien existe menoscabo éste es inferior<sup>77</sup>. Para ilustrar sobre lo expresado me permito proponer el siguiente caso hipotético.

El cónyuge del supuesto del artículo 61 tiene treinta y ocho años de edad y actualmente trabaja en la calidad de profesional con dedicación de media jornada en una empresa, percibiendo una remuneración mensual de \$500.000. Al momento de presentarse la demanda este cónyuge, a parte de su trabajo, tiene ahorros y es dueño de un inmueble y de otros bienes muebles importantes. El cónyuge demandado, de cuarenta y cinco años, trabaja como trabajador de planta en un banco con dedicación jornada completa, percibiendo una remuneración que asciende a la suma de \$1.300.000 mensuales y tiene bienes de considerable valor, pero también deudas importantes originadas durante el matrimonio. El matrimonio duró ocho años, tienen un hijo anterior al matrimonio de catorce años y el régimen económico matrimonial habido entre ellos era la separación total de bienes.

Si se aprecia objetivamente si hay o no menoscabo –teniendo en cuenta la remuneración que percibe cada uno– la respuesta es evidente: lo hay. Sin embargo, al apreciar todas las circunstancias del artículo 62, disparidad o,

---

<sup>77</sup> La distinción entre menoscabo económico objetivo y subjetivo se recoge de la doctrina española. La profesora María Paz García Rubio explica una concepción objetiva de *desequilibrio económico* (que es el presupuesto en el *Código Civil* español) y conforme a ella es una pura y simple alteración patrimonial negativa experimentada por uno de los cónyuges como consecuencia del divorcio, cuya constatación puede hacerse de una manera objetiva, bastando, para ello, la constatación de los patrimonios conyugales *ex ante* y *ex post* del divorcio, de suerte que para apreciar el mentado desequilibrio ningún papel cabría otorgar a la serie de circunstancias que enumera el propio artículo 97 del *Código Civil* español (equivalente al artículo 62 de la LMC), las cuales sólo servirían como elementos cuantificadores del montante de la pensión. Por el contrario, la segunda concepción –la subjetiva– parte de la idea de que el desequilibrio –presupuesto de la pensión compensatoria– tiene un contenido complejo, más allá de la mera cuantificación de los patrimonios de los esposos y para cuya delimitación representan un papel destacado las mencionadas circunstancias, las que no serían únicamente criterios de cuantificación de la pensión, sino elementos definitorios de aquel desequilibrio. La autora explica que la jurisprudencia española ha otorgado gran importancia a las circunstancias del artículo 97 y en particular ha dado especial relieve al estado de salud y edad del cónyuge que reclama la pensión, su calificación profesional y posibilidades de acceso al empleo, su caudal y recursos económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. GARCÍA RUBIO (n. 25), pp. 153-154. También en CAMPUZANO TOMÉ (n. 48), pp. 85-86.

bien, la desigualdad de condiciones es más aparente que real. La situación del cónyuge virtualmente beneficiario es mejor que la del factiblemente deudor. El primero, a pesar de percibir una remuneración inferior, posee bienes y carece de deudas; tiene una cierta calificación profesional; y considerando que desarrolla una actividad remunerada, su edad, estado de salud, sus posibilidades de acceder a un mejor puesto de trabajo o de mejorar sus actuales condiciones son realmente ciertas. Distinta es la situación del cónyuge demandado, quien seguramente ya alcanzó el tope en su carrera como funcionario y se sabe que está repleto de deudas. Asimismo, incidirá en el análisis la duración del matrimonio, porque ocho años podrían estimarse como insuficientes para crear la confianza acerca los beneficios del estatuto del matrimonio; y, finalmente, pese a que el artículo 62 no la contempla como circunstancia, será relevante la dedicación futura al cuidado del hijo común, que en este caso no se dará, atendida su edad. O no hay menoscabo o el menoscabo es de una entidad menor a la que en principio aparecía. Otra cosa será cuantificar la compensación, asignarle un valor.

El cónyuge a que refiere el artículo 61 no puede adoptar una actitud de pasividad y pretender que sea el otro cónyuge, que dejará de serlo después del divorcio o nulidad, quien le provea lo necesario para su subsistencia. No es ésa la finalidad de la compensación económica. No se trata de garantizar la manutención del estatus económico que se tenía durante el matrimonio, sino sencillamente de corregir el menoscabo, proveyendo una base económica para iniciar una vida separada y futura autónoma. Esta finalidad presupone la iniciativa del cónyuge beneficiario. La compensación económica, como efecto posmatrimonial, debe estimarse como de aplicación restrictiva. Uno de los principios rectores en materia de compensación debe ser la autosuficiencia de cada cónyuge para proveerse lo necesario para su congrua sustentación. Ésta debiera ser la regla general y la excepción estaría representada por casos en que la edad o estado de salud del cónyuge más débil o su falta de calificación profesional y escasas posibilidades de acceso al mercado laboral; casos en los que la idea de la autosuficiencia queda excluida y la compensación económica se asimilará a los alimentos debidos por ley.

La determinación de la existencia del menoscabo económico del cónyuge más débil obliga al juez a mirar hacia el pasado, situarse en el presente e inmediatamente dirigir la mirada hacia el futuro, uno previsible según el curso normal de las cosas. En el pasado está la dedicación del cónyuge más débil a la familia como causa de que no haya podido desarrollar una actividad remunerada como podía y quería. En el pasado está el empobrecimiento que se arrastra en el tiempo. En el presente se aprecia la situación personal en que está cada cónyuge para rehacer su vida separada. Y la mirada hacia el futuro significa

proyectar la situación del cónyuge más débil considerando sus circunstancias particulares, en especial, su situación patrimonial, su edad, su estado de salud, su cualificación profesional y las posibilidades de acceder al mercado laboral, su situación previsional y otras relevantes<sup>78</sup>. Si de esa proyección resulta que el cónyuge no podrá alcanzar un estatus económico independiente, a diferencia del otro, quiere decir que existe menoscabo económico y que debe compensarlo este último, que es el deudor según el artículo 61.

Por consiguiente, el menoscabo económico se identifica con el desequilibrio o disparidad y su compensación se traduce en su corrección mediante una prestación apropiada para evitar el empeoramiento de la posición del cónyuge más débil.

En la doctrina española, Herminia Campuzano Tomé define el desequilibrio económico del artículo 97 del *Código Civil* como la disminución patrimonial que, como consecuencia de las circunstancias que guiaron la vida matrimonial, experimentan las condiciones de vida materiales de uno de los cónyuges al momento de cesar la convivencia matrimonial, situándole en una posición desfavorable respecto a la del otro esposo y a la que disfrutaba durante el período de normalidad del matrimonio<sup>79</sup>. La autora localiza su interés en el pasado y en el presente, sin embargo, de su concepto se infiere que lo que trata de evitarse en el futuro es un empeoramiento de su situación económica.

En consecuencia, el menoscabo económico no constituye un daño como el que sirve de fundamento para la responsabilidad civil, no comprende ni el lucro cesante, ni la remuneración por los servicios domésticos, ni la pérdida de costes de oportunidad; estas nociones se contradicen con la naturaleza misma de la compensación y con su objeto. No se trata de indemnizar daños experimentados durante el matrimonio por haberse dedicado a la familia, sino de corregir o nivelar una desigualdad a fin de evitar un perjuicio futuro<sup>80</sup>. Corregir y prevenir.

<sup>78</sup> Todas circunstancias previstas por el inciso primero del artículo 62 de la LMC.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> En contra BARRIENTOS GRANDÓN - NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu (n. 1), p. 425. Los autores entienden al menoscabo económico como sinónimo de “perjuicios experimentados por el cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común”, perjuicios que, a juicio de ellos, cubren al menos los siguientes dos ámbitos: “a) Lo que el cónyuge dejó de percibir o ganar, como consecuencia de no haber desarrollado una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida de lo que podría y quería. b) El perjuicio consistente en el coste de oportunidad laboral, por no haber podido prepararse y desarrollarse profesionalmente para mantener o incrementar sus posibilidades de acceso al trabajo en condiciones de mercado”. La debilidad de esta tesis radica en que no considera que el cónyuge que no trabaja contribuye a las cargas de familia con su dedicación a los hijos y al hogar, a diferencia del otro que lo hace con su actividad remunerada.

## *2. La existencia del menoscabo económico y las circunstancias del artículo 62 de la LMC*

El legislador enumera, a vía ejemplar<sup>81</sup>, las circunstancias que el juez considerará para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de su compensación<sup>82</sup>. La función de estas circunstancias o factores es doble. Estas circunstancias permiten descifrar si el divorcio o nulidad causan, o no, un menoscabo y, por otra parte, determinar la cuantía de la compensación. La sentencia sea, o no, favorable al cónyuge que reclama la compensación, necesariamente deberá fundarse en estas circunstancias o en otras que el juez justificadamente estime pertinentes. El límite de la discrecionalidad judicial está en tales criterios o circunstancias, debiendo demarcar el camino para la determinación de la procedencia de la compensación, al existir menoscabo, y para su cuantificación.

A diferencia de los modelos del Derecho Comparado, el legislador incorpora al supuesto típico de la compensación una de las circunstancias, que pasa a ser esencial y, por ende, de necesaria concurrencia. El único probable cónyuge beneficiario es el que no trabajó como quería y podía por dedicarse a la familia durante el matrimonio. Esta circunstancia esencial refiere al pasado, pasado al que el juez forzosamente debe dirigir su mirada.

Las circunstancias del artículo 62 de la LMC conciernen no sólo al pasado sino, también, al presente.

En el pasado se suman a la referida dedicación a la familia, el tiempo de duración del matrimonio y de la vida en común y la colaboración que hubiere prestado el cónyuge beneficiario a las actividades lucrativas del otro cónyuge. En el presente se halla la situación patrimonial de los cónyuges; la situación en materia de beneficios previsionales; la edad y estado de salud y la cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario. Las circunstancias presentes permiten una prospección de las perspectivas del cónyuge que pide compensación hacia un futuro previsible.

Después de situar temporalmente las circunstancias listadas por el artículo 62, se observa que entre ellas se distinguen aquéllas relacionadas con el matrimonio, con el cónyuge deudor y con el cónyuge beneficiario. En las primeras está la duración del matrimonio y de la vida en común y, como

---

<sup>81</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON (n. 2), p. 96. “la lista propuesta por el legislador no es exhaustiva”.

<sup>82</sup> La enumeración es a título ejemplar por lo que nada impide que el juez pueda recurrir a otros factores muy importantes y que el legislador omitió como, por ejemplo, la composición de la familia, la dedicación futura a la misma por parte del cónyuge beneficiario y el régimen de bienes habido entre los cónyuges. Si este último es del tipo participativo, indudablemente su liquidación incidirá en la situación patrimonial de los cónyuges. En cambio, si el de separación de bienes no tendrá importancia alguna.

resulta lógico, el haberse dedicado el cónyuge beneficiario a la familia. En las segundas, la situación patrimonial y la buena o mala fe del cónyuge deudor. Y en las terceras se cuenta la situación patrimonial; la culpa en el divorcio, la buena o mala fe en la nulidad matrimonial, la edad y estado de salud; la situación previsional o de salud y la cualificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral<sup>83</sup>. Estas últimas son las más significativas desde que permiten descubrir la situación desmejorada en que se encuentra el cónyuge beneficiario tras el divorcio o la nulidad de cara a un futuro previsible.

Estas circunstancias calzan perfectamente con la naturaleza jurídica y más claramente con la finalidad de la compensación económica, cuya procedencia se resuelve con base al efectivo menoscabo que causa el divorcio o nulidad, lo que depende de las condiciones económicas del cónyuge beneficiario para rehacer una vida separada autónomamente. Se justifican así todas las circunstancias pasadas y presentes, siendo éstas últimas las que hacen posible la proyección del futuro de los cónyuges, en especial el del beneficiario.

También puede hablarse de circunstancias subjetivas, en contraposición a las objetivas y que su consideración implica una valoración de la conducta de los cónyuges durante el matrimonio. Estos factores sobreentienden que hay menoscabo económico, pero como el cónyuge beneficiario estuvo de mala fe o dio lugar al divorcio con su culpa, la ley lo sanciona privándolo de la compensación o reduciendo su monto<sup>84</sup>. Los criterios de que se habla son la buena o mala fe<sup>85</sup> y la culpa del cónyuge beneficiario en el divorcio<sup>86</sup>. Hay en estas reglas –de la mala fe y la culpa del beneficiario– una concreción del principio *nemo auditor* que prohíbe aprovecharse del propio dolo o culpa, en este caso, al cónyuge beneficiario<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 96-98.

<sup>84</sup> En el proyecto aprobado por el Senado no existía referencia a la buena o mala fe del cónyuge beneficiario, ni era relevante la culpabilidad en la declaración de divorcio. La nueva ley añade a las circunstancias objetivas la buena o mala fe del cónyuge beneficiario para determinar la existencia del menoscabo o la cuantía de la compensación; y establece una regla especial para el caso del divorcio con culpa o sanción del artículo 54 de la LMC, que autoriza al juez a negar lugar a la compensación o a reducir prudencialmente su cuantía cuando ha sido el cónyuge beneficiario el que ha dado lugar a la causal.

<sup>85</sup> El artículo 62 prevé como circunstancia o factor relevante la buena o mala fe de los cónyuges, sin distinguir. Sobre la consideración de la mala fe respecto del cónyuge deudor me referiré abajo.

<sup>86</sup> El profesor Pizarro Wilson incluye entre los elementos de la compensación el factor subjetivo de la culpa del cónyuge beneficiario en la declaración de divorcio y la entiende como una *condición eventual* consistente en que el juez no aplique la prerrogativa otorgada en el inciso segundo del artículo 62 de la LMC de negar lugar a la compensación. PIZARRO WILSON (n. 2), p. 93.

<sup>87</sup> Así se recoge en COURT MURASSO (n. 15), p. 95.

La inclusión de la buena o mala fe del cónyuge beneficiario tiene su origen en la institución del matrimonio nulo celebrado por uno de los cónyuges conociendo la causal de invalidez<sup>88</sup>, a quien se le sanciona, sea negando la compensación, sea reduciendo su monto. Sin embargo, hoy nada impide desvincular la buena o mala fe inicial del matrimonio nulo y extender su aplicación a toda la vida matrimonial y a los matrimonios válidos que terminan por divorcio. El cónyuge demandado de compensación podría probar la mala fe del cónyuge beneficiario<sup>89</sup>, inicial o sobrevinida y esta última podría darse cuando el cónyuge demandante sin incurrir en dolo actúa contrariamente a la buena fe, como en el caso de un abuso del instituto de la compensación al ver en ella más que un instrumento corrector de una desigualdad un medio para lucrar u obtener un provecho indebido de la ruptura del vínculo. En este caso más que hablar de una mala fe subjetiva habría que aludir a una conducta contraria a la buena fe objetiva<sup>90</sup>.

En lo que concierne a la culpa del beneficiario, originalmente en la historia del establecimiento de la ley producía el efecto de privarlo de la compensación; después éste se morigera y queda entregada al juez la facultad de optar, entre denegar la compensación económica, no obstante existir menoscabo, o reducir su cuantía más allá de la entidad que se haya fijado según el inciso primero del artículo 62. En la doctrina española a objeto de ilustrar sobre la injusticia de aplicar el criterio de la culpa se propone el siguiente ejemplo. No parece justo sancionar con la pérdida de un derecho a obtener una pensión a una esposa que se ha consagrado gran parte de su vida al cuidado exclusivo de su marido y sus hijos, incluso, abandonando su profesión, porque tras veinte años de rigurosa fidelidad conyugal, abandone el hogar común por otro hombre o sencillamente porque ya no se siente conforme con esa vida<sup>91</sup>. La posibilidad de casos como el presentado por la doctrina española hace aconsejable, antes de privar al cónyuge culpable de la compensación, entregar al juez la ponderación de los hechos y sobre su base denegar la compensación o, bien, reducir su monto<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> “Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en *Boletín* N° 1759-18, p. 74. En contra se pronuncia el senador D. Andrés Chadwick quien –pese a ser coautor de la indicación que propone la consideración de este factor para los casos de nulidad matrimonial– se expresa en términos que la buena o mala fe se relaciona con la situación de aquel cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio y después reclama la compensación económica. *Diario Sesiones del Senado*, Ley de Matrimonio Civil, sesión extraordinaria N° 33, p. 713.

<sup>89</sup> Haciendo caer la presunción del artículo 52 de la LMC.

<sup>90</sup> En contra PIZARRO WILSON (n. 2), p. 98, n. 20: “De ahí que resulte más apropiado circunscribir la buena o mala fe al matrimonio nulo celebrado por alguno de los cónyuges en conocimiento del vicio”.

<sup>91</sup> GARCÍA RUBIO (n. 25), p. 147.

<sup>92</sup> La regla del inciso segundo del artículo 62 de la LMC marca la diferencia entre el divorcio-sanción del artículo 54 de la LMC y el divorcio-remedio del artículo 55 de la

La incorporación de estos factores imprime un cierto grado de subjetivismo a la compensación económica, no en la atribución de la obligación, sino al derecho mismo a exigirla y a la regulación de su cuantía. La ley considera la conducta del beneficiario, no así la del deudor, respecto de quien la compensación se desenvuelve objetivamente, sin perjuicio del efecto que se le asigne a su mala fe en el caso de la nulidad o divorcio<sup>93</sup>.

Cabe precisar que del tenor literal del inciso segundo del artículo 62 aparece que en éste no sólo interesa la buena o mala fe del cónyuge beneficiario sino, también, la del deudor. Sin embargo, de la historia del establecimiento de la ley se deduce que al legislador sólo le interesa valorar la conducta del beneficiario<sup>94</sup>. En el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se explica que sin negar el derecho a la compensación al cónyuge que contrajo el matrimonio nulo estando de mala fe, parece prudente contemplarla como un factor que el juez debe considerar para fijar su procedencia y monto<sup>95</sup>. O sea, se quiere evitar situaciones en que resulte antinatural o extraordinariamente fuerte que el cónyuge, que celebró el matrimonio conociendo el vicio que lo invalidaba, exija la compensación económica al cónyuge de buena fe. La única función que podría atribuirse a la mala fe del deudor es la de agravar la compensación y tal función no se condice con su naturaleza jurídica. Una función punitiva de la compensación es inconcebible e inaceptable; ya es bastante que la ley ponga de cargo de uno de los cónyuges la obligación legal de compensación, como para pensar que además se le sancione. En mi opinión la mala fe del cónyuge deudor no tiene relevancia.

El juez al resolver una demanda de compensación deberá aplicar las circunstancias del artículo 62 de la LMC, en la medida que sea procedente según las características del caso y de esta aplicación resultará si la nulidad o el divorcio produce o no menoscabo y la cuantía de la compensación.

Así, por ejemplo, la duración del matrimonio podría por sí sola indicar que no existe duda sobre la existencia del menoscabo, sin embargo, la de la vida en común podría permitir concluir algo distinto; o la situación patrimonial

LMC, dado que el primero puede traer como efecto adicional la privación o reducción de la compensación si fue el cónyuge beneficiario el que dio lugar al divorcio.

<sup>93</sup> Con una opinión diversa TURNER (n. 45), p. 100, sostiene: “Tanto la circunstancia de la buena o mala fe introducida en el art. 62, como la remisión del nuevo inciso 2º de la referida norma al divorcio por culpa, denotan una concepción de la compensación económica como la sanción pecuniaria ligada al divorcio”.

<sup>94</sup> Así pareciere entenderlo Carlos Pizarro Wilson, desde que no incluye a la buena o mala fe en las circunstancias del artículo 62 relacionadas con el cónyuge deudor, sí en las relacionadas con el cónyuge beneficiario. PIZARRO WILSON (n. 2), p. 97.

<sup>95</sup> *Vid. Boletín* N° 1759-18, p. 74.

de los cónyuges. Si el matrimonio duró muchos años, pero el cónyuge más débil tiene bienes propios de apreciable valor –incluidos los gananciales de la liquidación de la sociedad conyugal– es perfectamente dable sostener que el juez se formará la convicción de que, o no hay menoscabo económico o que es de una entidad menor que la anticipada. Podría alterar esta conclusión preliminar si aparece que el cónyuge es de avanzada edad y su estado de salud requiere de cuidados y de constantes desembolsos de dinero. Aquí, por ejemplo, la cualificación profesional o las posibilidades de acceso al trabajo son irrelevantes, se trata de un cónyuge que no tiene opciones futuras, independientemente de sus aptitudes; sí tendrá importancia, en cambio, la situación previsional o de salud de ese cónyuge. En otro supuesto, a pesar de no ser muy buena la situación patrimonial de los cónyuges, en especial, la del beneficiario, éste es joven y tiene posibilidades de acceso al trabajo por su cualificación profesional. Desde luego aquí, o la compensación económica será inferior o, bien, se estimará improcedente.

Aunque el legislador omitió entre las circunstancias el régimen de bienes habido entre los cónyuges, lógicamente si entre ellos existió uno del tipo participativo –sociedad conyugal o la participación en los gananciales– el resultado del régimen integrará la situación patrimonial del artículo 62 de la LMC y no podría ser de otra forma porque si el resultado del régimen es favorable para el cónyuge demandante significará que la situación patrimonial del otro ha experimentado una disminución, o porque la mitad de los gananciales son de propiedad del demandante, o porque le adeuda a éste el importe del crédito de participación en los gananciales. O, en otros términos, la situación del cónyuge reclamante ha variado favorablemente desde que su patrimonio experimentara un incremento por los gananciales o el pago del crédito de participación. La decisión de la compensación económica presupone bien la liquidación del régimen de bienes, bien que el juez considere su resultado<sup>96</sup>. Si se da el caso que el juez deba regular la compensación económica sin que antes se haya producido la liquidación del régimen de bienes<sup>97</sup>, será esencial para la co-

<sup>96</sup> En este sentido ROCA TRÍAS (n. 2), p. 626, afirma: “La clase de régimen matrimonial que ha regido el matrimonio hasta la separación o divorcio determina una diferencia esencial, ya que cuando existen bienes comunes o la participación en las ganancias del otro cónyuge, ello supondrá un equilibrio entre los patrimonios de ambos que puede hacer desaparecer el desequilibrio económico” y en (n. 10), pp. 150-151. “[...] la pensión compensatoria constituirá siempre un *posterius* al régimen de bienes: su liquidación funciona como criterio para saber si existe o no desequilibrio” y agrega: “primero se liquida el régimen, y sólo efectuada esta operación, se pasa a la pensión compensatoria” (p. 151, n. 18).

<sup>97</sup> Después de la entrada en vigencia de la LMC, los cónyuges en los juicios de separación, divorcio o nulidad podrán solicitar al juez que conoce del asunto la liquidación de la sociedad conyugal o de la participación en los gananciales y el juez acogerá la solicitud en la medida que

recta aplicación de la compensación tener en cuenta la situación patrimonial de los cónyuges en toda su dimensión y ello supone, al menos, anticipar los resultados de la mencionada liquidación, aunque sea hipotéticamente a partir de los antecedentes aportados por las partes. Imagínese un matrimonio en el cual él tiene un patrimonio de varios millones de pesos y la mujer carece de bienes propios. Si el régimen es el de la sociedad conyugal, la compensación económica no podrá regularse correctamente sin antes desvelar la situación en que quedaría el cónyuge demandante tras la liquidación del régimen. La prospección económica que debe hacerse dependerá de esta consideración. Claro, ese cónyuge aparece como desvalido antes de la liquidación, pero después de ella quedará en un plano de igualdad con su ex cónyuge como para rehacer su vida separada o, a lo menos, en una mejor situación. Entonces, la liquidación del régimen de bienes es gravitante, tanto para determinar la existencia del menoscabo como para cuantificar la compensación<sup>98</sup>. Esta conclusión puede apoyarse, incluso, en la propia historia del establecimiento de la ley. En efecto, en la Comisión de Constitución del Senado se precisa que la compensación tiene lugar cuando el aporte consistente en la mayor dedicación de uno de los cónyuges no queda reflejado equitativamente en la liquidación del régimen de bienes que existiere entre ellos. Y se agrega que no sería prudente acordar una compensación por el aporte al matrimonio del cónyuge que se ha dedicado al hogar, si existen gananciales o crédito de participación, que tienen por objetivo compensar sus esfuerzos. Podría sostenerse que habría un enriquecimiento injusto si se consintiera que el cónyuge que

se rinda la prueba suficiente. En el caso de la liquidación en los gananciales cualquiera de los cónyuges podrá solicitarlo, en cambio, en el de la sociedad conyugal se exige que la solicitud sea de común acuerdo. Así resulta de los artículos 227 del *Código Orgánico de Tribunales* y 1792-26 del *Código Civil*. En consecuencia, quiere decir que si el régimen es la participación en los gananciales el cónyuge demandante solicitará al juez que liquide la participación en los gananciales; en cambio, en la sociedad conyugal deberán hacerlo ambos cónyuges de común acuerdo.

<sup>98</sup> Con una opinión diversa PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 93-94. El autor explica que no puede pensarse que la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales son suficientes para compensar el menoscabo económico –hasta aquí no hay diferencia con lo expresado–; y continua apuntando que: “la admisión de la compensación económica requiere la prueba del sacrificio del cónyuge beneficiario a las tareas del hogar o al cuidado de los hijos y el menoscabo económico; siendo irrelevante para su admisión la liquidación del régimen patrimonial”; sin embargo, antes había expresado: “la ausencia de liquidación planteará problemas para evaluar la cuantía de la compensación. De ahí la necesidad de contribuir a la liquidación de la comunidad una vez decretada la nulidad o el divorcio de los cónyuges. En efecto, parece razonable que con anterioridad a fijar la compensación económica haya operado la liquidación del régimen patrimonial, cuestión útil, además, para proyectar la situación económica de los cónyuges hacia el futuro”. Para el profesor Pizarro Wilson la consideración de la liquidación del régimen matrimonial sólo incide en la cuantía de la compensación, no así en la determinación de la existencia del menoscabo.

se dedicó al cuidado del hogar tenga derecho a la mitad de las adquisiciones del otro cónyuge y, además, a una compensación económica fijada con prescindencia de lo anterior. La compensación sería justa, en cambio, cuando los cónyuges sean separados de bienes o, en general, cuando la distribución de los gananciales no refleje de manera conveniente la aportación del cónyuge económicamente más débil. Por eso, se propone efectuar primero la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio y, de acuerdo con el resultado, hacer procedente la compensación económica o denegarla<sup>99</sup>. Y en otro sitio se sostiene que el artículo 63 (actual artículo 62 de la LMC) determina cuándo procede la compensación económica y cómo se determina su cuantía y entre las reglas que dicho precepto prevé se cuenta, precisamente, la de las *fuerzas patrimoniales* de cada uno, vale decir, el patrimonio tomando en consideración la eventual liquidación del régimen de bienes que hubo entre los cónyuges o simplemente el derecho real que tiene sobre los gananciales desde la disolución de régimen o el de crédito que también nace en el mismo momento<sup>100</sup>. No se confunden las instituciones de la compensación económica con la de los regímenes económicos, ellas son distintas; simplemente se trata de tener en cuenta los resultados de éstos como integrante de la situación patrimonial de los cónyuges prevista por el artículo 62.

Por último, podrían agregarse otras circunstancias que también incidirán en la procedencia y cuantificación de la compensación, como lo son la futura dedicación a los hijos y también, relacionado con la calificación del cónyuge demandante, la posibilidad real de formación o de perfeccionamiento técnico o profesional; lo que incidirá directamente en las probabilidades de acceso al mercado laboral o el mejoramiento de las condiciones actuales de trabajo.

### *3. Explicación de la compensación económica a través de un caso hipotético*

Lo expresado precedentemente puede ilustrarse a través del siguiente caso hipotético de Carlos y Rebeca. Carlos estudia ingeniería industrial y Rebeca

---

<sup>99</sup> “Segundo Informe...” (n. 88), pp. 2449-2450. El senador D. Alberto Espina se pronuncia en contra porque estima que son dos materias distintas, la de la liquidación del régimen de bienes que exista entre los cónyuges y el menoscabo económico que sufrió uno de ellos por haberse dedicado al cuidado de hogar. Ese perjuicio se proyectará al futuro, porque no tendrá régimen de salud, ni jubilación y tendrá que empezar a trabajar con una profesión abandonada hace muchos años o a una edad en que no conseguirá un trabajo bien remunerado. La compensación económica –agrega– no persigue equilibrar patrimonios, sino que indemnizar a uno de los cónyuges por el menor incremento de su propio patrimonio, con vistas sobretodo a su subsistencia futura.

<sup>100</sup> *Op. cit.*, p. 71.

arquitectura. Después de un tiempo de pololeo contraen matrimonio. El acuerdo entre ellos fue que primero Carlos terminaría sus estudios y Rebeca congelaría para después retomar los suyos. Pasan los años, Carlos se recibe e inmediatamente se le presenta una muy buena oportunidad de trabajo, imposible de resistir. Ello coincide con el embarazo de tres meses de Rebeca. Carlos acepta el trabajo y las posibilidades de Rebeca de retomar sus estudios se diluyen, primero, porque está embarazada, lo que no estaba dentro de los planes y, segundo, porque su forma de ser le impediría desprenderse de su hijo muy tempranamente. El proyecto universitario de Rebeca pasa a ser uno de más largo plazo. La preocupación de Rebeca era su futuro hijo y el hogar común. Pasan doce años, Carlos sigue trabajando y ocupa un alto cargo gerencial y los planes de Rebeca son parte del pasado. Tras una crisis matrimonial, cesa la convivencia matrimonial por cuatro años y Rebeca demanda a Carlos el divorcio según el artículo 55 y en un escrito complementario solicita al juez que regule la compensación económica del artículo 61 y siguientes.

Si se presupone la existencia del menoscabo económico y se recurre a las circunstancias listadas por el artículo 62, la compensación económica podría estar compuesta de las siguientes partidas:

- i) Si bien Rebeca no tiene actualmente una calificación profesional, atendida su edad, los estudios de arquitectura realizados y sus aptitudes, ella puede continuar con sus estudios universitarios y es previsible que si obtiene el título de arquitecto encontrará trabajo posteriormente. Sus posibilidades de acceso al trabajo dependen de que ella retome y concluya su formación universitaria. La primera partida podría ser el arancel de la carrera correspondiente a tres años y asciende a \$6.000.000;
- ii) la situación previsional y de salud del cónyuge demandante después de la terminación del matrimonio es precaria, no tiene ISAPRE y carece de previsión; ello podría justificar incluir como otra partida el costo de un plan de salud y previsional voluntarios por un período de cinco años, tiempo suficiente en que ella debiese conseguir un trabajo, ascendiendo esta partida a la suma de \$3.000.000;
- iii) como el cónyuge demandante no tiene bienes propios, ni ingresos y la situación patrimonial del demandado es sólida y sus ingresos mensuales son elevados, resulta apropiado añadir, como otra partida, los costos de manutención por cinco años por un total de \$15.000.000.

De manera alternativa el juez podría ordenar la constitución de un usufructo sobre un inmueble de propiedad del demandado por el mismo período, rebajando esta partida a la suma de \$10.000.000. Por consiguiente la compensación económica debiese fijarse en la suma de \$ 24.000.000 o \$19.000.000, dependiendo de si se ordena, o no, la constitución del usufructo sobre el inmueble.

Aparece de manifiesto que la compensación económica no tiene por finalidad garantizar la conservación del estatus económico del matrimonio, sino, simplemente, corregir el menoscabo económico que produce el divorcio y que afecta al cónyuge del supuesto típico del artículo 61, proporcionándole una prestación que le permita rehacer su vida separada y alcanzar un estatus económico autónomo adecuado. La compensación representa una prospección del futuro del cónyuge más débil a partir de las circunstancias personales de éste y las del cónyuge deudor. Como se ha explicado reiteradamente, no se trata de resarcir o reparar daños experimentados durante el matrimonio, sino de preocuparse por el futuro de Rebeca, presuponiendo que no puede asumir una actitud pasiva, sino que debe hacer lo posible para alcanzar ella misma una cierta autonomía económica. La compensación económica debiera impulsarla a objeto que avance en esa dirección.

## V. RÉGIMEN LEGAL DE LA COMPENSACIÓN POR MENOS CABO ECONÓMICO

El estudio del régimen legal de la compensación económica supone el examen de aquellos aspectos que la LMC hace objeto de regulación y que permiten dibujar la funcionalidad de la institución. Me referiré muy sintéticamente al ámbito de aplicación, a la posibilidad de renuncia de la compensación, a su fijación y la oportunidad de reclamarla por vía judicial; a su transmisibilidad, a su forma de pago y a su inmutabilidad. Digo sintéticamente porque un examen profundizado de estas materias rebasa el objetivo del presente trabajo y por sí solas justifican un estudio separado que se proyecta materializar. La inclusión de estos tópicos obedece a la necesidad de ofrecer una visión completa y panorámica de la compensación económica.

### 1. *Ámbito de aplicación*

La compensación económica sólo procede en los casos de divorcio y nulidad matrimonial cuando concurren sus elementos constitutivos arriba examinados. Originalmente, la institución se prevé para el caso de divorcio, sin embargo, posteriormente extiende a la nulidad matrimonial<sup>101</sup>. La aplicación de la com-

<sup>101</sup> En esta materia el legislador se aleja del modelo francés y español. En el primero, la prestación compensatoria del artículo 270 del *Code Civil* sólo procede en caso de divorcio y en el segundo cuando hay divorcio o separación judicial. En lo que concierne a la nulidad matrimonial, el *Código* español en su artículo 98 reconoce al cónyuge de buena fe un derecho a indemnización si ha existido convivencia conyugal.

pensación económica a la nulidad se explica por dos razones, una de orden práctico y otra de fondo. La de orden práctico es evitar que los cónyuges recurran a la nulidad matrimonial en casos de ruptura para librarse de la compensación económica por causa de divorcio. La de fondo, porque, si bien, en rigor, en el caso de la nulidad por el efecto retroactivo de su declaración del artículo 50 de la LMC no existió matrimonio, igual hubo entre los cónyuges una comunidad de vida con las mismas particularidades de aquélla a la que da origen un matrimonio válido<sup>102</sup>. No existe razón para descartar la posibilidad de que la nulidad matrimonial pueda irrogar un menoscabo al cónyuge que por dedicarse a la familia no desarrolló una actividad remunerada como podía y quería<sup>103</sup>. Están presente aquí los mismos fundamentos de la compensación que en caso de divorcio. El único reparo que podría surgir es que sea el cónyuge que celebró el matrimonio de mala fe el que posteriormente demande la nulidad del matrimonio y compensación económica. En un principio en él no concurriría el fundamento de la comunidad de vida y la confianza en la conservación del vínculo. Sin embargo, nuestro legislador –como se vio– optó por conceder al juez la facultad de ponderar los hechos y resolver sobre la procedencia y cuantía de la compensación cuando el demandante hubiere estado de mala fe, y así lo acredite el demandado. La sanción a esta mala fe en la celebración del matrimonio irá desde la privación del derecho hasta la reducción de su objeto. Hay coincidencia de criterio con la culpa del demandante, pero con una sanción más moderada.

A pesar de que el párrafo que regula la compensación está ubicado en el capítulo 7º de la LMC, rubricado “De las reglas comunes a ciertos casos

---

<sup>102</sup> En la Comisión del Senado se argumentó a favor de extender el ámbito de la compensación a la nulidad matrimonial expresándose: “Si bien es cierto que, en rigor, en el caso de nulidad no existió matrimonio, si hubo una comunidad de vida que generó la existencia de una familia. Por eso, no debe considerarse como un caso excepcional en materia de compensaciones, sino que ha de estar incluida en el artículo que encabeza este párrafo, a fin que se hagan aplicables sus normas a ambas instituciones: el divorcio y la nulidad”, en *Boletín* N° 1759-18, p. 194. Javier Barrientos y Aranzazu Novales se manifiestan conformes con esta regla afirmando: “la argumentación anterior coincide plenamente con el carácter resarcitorio de ciertos perjuicios (‘menoscabo económico’) que asume la compensación económica, porque lo determinante para que ellos se produzcan no es que haya existido matrimonio, sino la existencia de una *comunidad de vida* [...]”. BARRIENTOS GRANDON - NOVALES ALQUÉZAR (n. 1), p. 421.

<sup>103</sup> En contra de la inclusión de la nulidad matrimonial se pronuncia Carlos Pizarro Wilson. El profesor explica: “No resulta clara la razón de admitir la compensación económica en caso de nulidad, ya que el estado de los cónyuges se retrotrae al momento de la celebración del mismo. El fundamento, podría encontrarse, en la situación precedente a la nueva ley, ya que la nulidad matrimonial constituía un verdadero divorcio por mutuo consentimiento que implicaba el término de todos los deberes y obligaciones entre los cónyuges”. PIZARRO WILSON (n. 2), p. 95.

de separación, nulidad y divorcio”, queda excluida del ámbito de la compensación económica la separación judicial. En la doctrina los profesores Javier Barrientos y Aranzazu Novales critican duramente la improcedencia de la compensación en los casos de separación judicial, sosteniendo que esta restricción:

- i) incentiva el divorcio;
- ii) contraría el propósito de introducir la separación judicial como una alternativa al divorcio y
- iii) constituye una eventual discriminación arbitraria conculcando el principio del artículo 19, N° 2 de la *Constitución*<sup>104</sup>.

En mi opinión, la exclusión está plenamente justificada porque la separación judicial no pone término al matrimonio, por el contrario, éste subsiste con todos sus efectos. Los únicos deberes que se ven afectados son aquéllos incompatibles con la vida separada, como el de fidelidad y cohabitación; ambos irrelevantes para efectos de la compensación. El cónyuge separado pese a estar en el supuesto típico del artículo 61 continuará gozando de todos los derechos y beneficios que confiere el estatuto protector del matrimonio. Cesa la vida en común, pero el vínculo subsiste y de él emanan efectos jurídico-patrimoniales que impiden el menoscabo económico al cónyuge dedicado, ineludible en caso de nulidad o divorcio<sup>105</sup>. Ese cónyuge tiene derecho a alimentos; mantiene todo tipo de beneficios de salud y previsionales; puede obtener la declaración de un bien familiar; y, salvo culpa de su parte, es titular de los mismos derechos sucesorios que el cónyuge no separado judicialmente<sup>106</sup>.

El único detrimento para el cónyuge dedicado podría provenir de la terminación de la sociedad conyugal o de la participación en los gananciales; detrimento que, en todo caso, los mismos regímenes se encargan de corregir por medio de las normas de su liquidación. Fuera de lo anterior, no debe

<sup>104</sup> Cfr. BARRIENTOS GRANDON - NOVALES ALQUÉZAR (n. 1), pp. 422-423.

<sup>105</sup> En este sentido PIZARRO WILSON (n. 2), p. 94. “Debiera inclinarse el intérprete por descartar la compensación económica en caso de separación judicial, ya que ésta no pone término al deber de socorro y, en consecuencia, persiste el deber de alimentos entre los cónyuges. En efecto, no habiéndose puesto término al matrimonio no existe razón alguna para hacer procedente la compensación económica”.

<sup>106</sup> En la Comisión de Constitución del Senado se justificó esta exclusión expresándose lo que sigue: “Desechó la incorporación de la separación judicial porque en su caso subsiste el matrimonio y precisamente por ello no puede contraerse nuevo matrimonio. No solamente se mantiene el vínculo, sino también algunos efectos especialmente de orden económico, como son los alimentos entre los cónyuges y los derechos hereditarios, lo que no ocurre con el divorcio y la nulidad. La compensación obedece a una lógica distinta, porque al haber divorcio o nulidad se perderán los derechos de alimentos y los hereditarios, tales como los relacionados con prestaciones de salud y de carácter previsional, lo que no ocurre con la separación”: “Informe...” (n. 9), p. 194.

olvidarse que el legislador concibe a la separación judicial como un estado reversible, el que se manifiesta en la posibilidad de reanudación de la vida en común y en los efectos que ella produce (artículo 38 y siguientes de la LMC).

Además, según el inciso tercero del artículo 27 de la LMC –que prescribe sobre la solicitud conjunta de separación judicial– exige la presentación de un acuerdo que regule de forma completa y suficiente las relaciones mutuas de los cónyuges y de éstos con los hijos comunes. Según el precepto, el acuerdo será suficiente, entre otras cosas, si procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura. Quiere decir que la ley reconoce que el cónyuge dedicado a la familia por la separación judicial puede ver empeorada su situación económica hacia el futuro y por esa razón exige que los propios términos del acuerdo aminoren tal empeoramiento, especialmente aquéllos que inciden en el sostenimiento de la vida separada, como el derecho de alimentos o la declaración de bienes como familiares. Si el acuerdo no es suficiente, el artículo 31 de la LMC confiere al juez facultades para modificarlo a objeto que efectivamente aminore la carencia que pudiere ocasionar la separación. Al subsistir el vínculo y sus efectos jurídico-patrimoniales, el menoscabo a que refiere el artículo 27 no puede estimarse como de la entidad que aquél que constituye condición de la compensación económica.

## 2. *La compensación económica es irrenunciable anticipadamente*<sup>107</sup>

Al no existir una norma que prohíba la renuncia y considerando su naturaleza patrimonial, el derecho a la compensación sería renunciabile y el fundamento jurídico sería el propio artículo 12 del *Código Civil*<sup>108</sup>, al estimarse como un

<sup>107</sup> Sobre la posibilidad de renuncia anticipada de la pensión compensatoria en el Derecho español, *vide* María Paz GARCÍA RUBIO, “Los pactos prematrimoniales de renuncia de pensión compensatoria en el Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, N<sup>o</sup> LVI vol. 4, Madrid, octubre 2003, p. 1.653 y ss. La profesora concluye: “estimamos perfectamente lícita aquella cláusula que implica la recíproca renuncia onerosa o gratuita a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil”. Ésta es la opinión mayoritaria y muy probablemente se explica por los esfuerzos desplegados por la doctrina para diferenciar a la pensión de los alimentos, debido a que en este ordenamiento son varios los elementos que permiten aproximar a ambas instituciones (forma de pago, consideración de las necesidades y posibilidad de mutación por cambio de circunstancias). Con una opinión contraria, a mi juicio, acertada GARCÍA CANTERO (n. 6), p. 438. El autor al caracterizar la pensión compensatoria del artículo 97 del *Código Civil* expresa que ella “no pertenece al Derecho dispositivo, en el sentido de que la ley fija los requisitos objetivos, dados los cuales surge para uno de los cónyuges el derecho de pensión, la cual no puede renunciarse anticipadamente a la sentencia de divorcio”.

<sup>108</sup> El profesor Carlos Pizarro Wilson afirma la validez de la renuncia prenupcial y anterior a la crisis matrimonial del derecho a la compensación y su opinión la apoya principalmente

derecho que la ley confiere en exclusivo interés particular del cónyuge dedicado durante el matrimonio a la familia.

Sin embargo, cabe preguntarse si el interés particular del cónyuge más débil –que es aquí el objeto de protección– cae dentro del ámbito de la autonomía privada que ampliamente reconoce el legislador a los cónyuges en el nuevo derecho matrimonial. Porque lo que al final está en juego en la compensación es precisamente la protección de ese interés, que el artículo 3 de la LMC eleva a la categoría de principio general del nuevo derecho matrimonial y cuyo destinatario natural es precisamente el juez de familia<sup>109</sup>. Para responder a la interrogante sobre si el derecho a la compensación es, o no, susceptible de renuncia conviene formular algunas distinciones. ¿De qué se está hablando?, de la renuncia anticipada, entendiendo por ella la que tiene lugar antes del divorcio o la nulidad, o de una posterior, esto es, cuando el divorcio o la nulidad ya se han producido y el derecho ya ha nacido, o de ambas.

Con relación a la primera, creo que no es posible admitirla y para ello me apoyo en cuatro argumentos:

- a) la naturaleza familiar del derecho a la compensación económica y su obligación correlativa;
- b) el interés protegido por la compensación económica –el del cónyuge más débil– es de orden público y, por consiguiente, indisponible anticipadamente;
- c) si se admite que la compensación económica pueda ser objeto de una capitulación matrimonial, el límite de la libertad de pacto de los esposos, según el artículo 1717 del *Código Civil*, lo representa el detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro y entre ellos. Entre tales derechos, desde luego, está el derecho a la compensación y su obligación correlativa, que no podrían afectarse válidamente y
- d) si bien la regla en materia de compensación económica es que ella sea convencionalmente regulada por los cónyuges, es necesario la observancia de una solemnidad, en la especie, la aprobación judicial (artículo 63 de la LMC).

en el artículo 12 del *Código Civil*. Se lee en su trabajo “De tal manera que cabría afirmar la posibilidad de renunciar ex ante al derecho eventual a compensación económica, pues se trata de un interés individual del probable beneficiario y cuya renuncia no se prohibió en la nueva Ley de Matrimonio Civil”. PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 101-103.

<sup>109</sup> Sobre los principios de la LMC, *vid.* Carlos PIZARRO WILSON, “Presentación general de la nueva Ley de Matrimonio Civil”, en Seminario Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, Santiago, Academia Judicial, 13 y 14 de octubre de 2004, pp. 7-14. El profesor menciona entre estos principios el de la protección del cónyuge más débil y reconoce que la institución que mejor refleja este principio es la de la compensación económica.

El juez al aprobar la convención debe tutelar el interés del cónyuge más débil y si estima que dicho interés resulta lesionado deberá rechazar el acuerdo o, bien, modificarlo, si se estima aplicable por extensión el artículo 31 de la LMC. Ahora bien, si el acuerdo de compensación forma parte del convenio regulador que debe acompañarse en el caso del divorcio solicitado de común acuerdo acorde el artículo 55 de la LMC, el juez tendrá las facultades extraordinarias que le reconoce el citado artículo 31 para esta clase de divorcio<sup>110</sup>. Quiere decir que si el acuerdo no es suficiente porque no compensa el menoscabo que causa la ruptura, el juez podrá modificarlo o subsanarlo. Si el juez puede regular íntegramente la compensación, con mayor razón puede corregirla o modificarla cuando ha sido fijada por los cónyuges. Por lo tanto, si en el acuerdo regulador el cónyuge beneficiario de la compensación renuncia a su derecho, esa renuncia igualmente quedará sujeta a la homologación judicial. Cabe consignar que cuando se trata de un acuerdo de compensación –separado o integrante del acuerdo regulador de divorcio– la renuncia, al menos parcial, no acarrea invalidez, sino que autoriza al juez para ejercitar sus facultades de modificación o subsanación del acuerdo.

En lo tocante a la renuncia posterior al nacimiento del derecho a la compensación. Después de nacido dicho derecho –establecido que sea por sentencia judicial o acuerdo– como se entiende que ha ingresado al patrimonio del cónyuge beneficiario como cualquier derecho de crédito, no existe impedimento para que su titular pueda disponer de él de la forma que más le convenga, incluso, mediante renuncia.

Cobra especial relieve distinguir el interés protegido que justifica la institución –que es de orden público–; del derecho que nace cuando concurre el supuesto típico de la norma e interviene el juez o el acuerdo, que es de orden privado y, consecuentemente, disponible y renunciabile.

### *3. Fijación de la compensación económica*

La regla es que los cónyuges de común acuerdo fijen la compensación económica y sólo a falta de acuerdo, es fijada por el juez. El artículo 63 dispone que su monto y forma de pago, serán convenidos por los cónyuges, si fueren

---

<sup>110</sup> La técnica legislativa del capítulo VI de la LMC es defectuosa y adolece de importantes lagunas. Una de ellas se refiere precisamente al caso en que el acuerdo no es suficiente acorde el artículo 27 de la LMC, ¿qué efecto se sigue de ello? Se rechaza la demanda de divorcio o el juez está facultado para corregir el acuerdo y así adecuarlo a la exigencia de la suficiencia. Si se tiene a la vista la disposición del artículo 31 de la LMC y el principio de protección del interés del cónyuge más débil del artículo 3, sólo queda concluir que el juez que conoce del juicio de divorcio tiene las mismas facultades del mencionado artículo 31. A mi juicio, cabría la aplicación analógica de esta norma al supuesto de divorcio por solicitud conjunta del artículo 55.

mayores de edad y el acuerdo deberá constar en escritura pública o acta de avenimiento y ser aprobado judicialmente.

Como se ve nuevamente el legislador abre paso a la autonomía privada, autorizando el pacto entre los cónyuges, eso sí, sometido a la homologación judicial. Podría hablarse de una autonomía tutelada por el juez. El acuerdo de compensación es solemne y la solemnidad en el caso de acuerdo extrajudicial, es doble: la escritura pública y la aprobación judicial; y en el de la judicial, sólo se requiere esta última.

La amplitud de los términos del precepto del artículo 63 permite sostener que el acuerdo extrajudicial no queda sujeto a exigencia temporal alguna, a diferencia del judicial, que presupone haberse iniciado el juicio de nulidad o divorcio. El pacto, en consecuencia, podría tener lugar en cualquier momento, incluso, antes del matrimonio en una capitulación matrimonial, en la convención matrimonial del artículo 1723 del *Código Civil* o en cualquiera otra escritura pública otorgada por los cónyuges; acuerdo que, en todo caso, requerirá de aprobación judicial según el artículo 63 de la LMC, aprobación que, a mi modo de ver, deberá producirse necesariamente dentro del juicio de divorcio o de nulidad<sup>111</sup>. La aprobación debe ser actual.

Si la solicitud de divorcio es de común acuerdo, la compensación económica deberá ser convencional e integrará el acuerdo regulador que forzadamente deben acompañar los cónyuges de conformidad al artículo 55, inciso segundo, de la LMC. El divorcio, en este caso, será decretado siempre que el acuerdo regule en forma completa y suficiente las relaciones mutuas y con sus hijos comunes y la suficiencia dependerá, entre otras cosas, de que el acuerdo procure “aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura”. El legislador se limita a “copiar y pegar” la parte final del inciso segundo del artículo 27 de la LMC, que coincide con la parte final del inciso segundo del mencionado artículo 55. El error es manifiesto dado que la norma debió haber prescrito sobre el particular que el acuerdo deberá procurar la compensación del menoscabo económico y no su aminoración como en la separación judicial. Siendo consecuente con lo expresado, si el acuerdo de compensación, que se incorpora en el convenio, no es suficiente, el juez está facultado para corregirlo o modificarlo. Tratándose del divorcio-sanción ex artículo 54 o el divorcio-remedio unilateral por cese de la convivencia ex artículo 55, inciso tercero, aunque no se excluya el acuerdo extrajudicial por escritura pública, lógicamente éste se concretará, o en un avenimiento aprobado por el tribunal, o en el acuerdo de conciliación del artículo 67. En el caso de la nulidad, cabría el avenimiento judicial.

---

<sup>111</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON (n. 2), p. 102. El autor habla de acuerdos prenupciales de renuncia a la compensación.

Finalmente, a falta de acuerdo de los cónyuges –sea extrajudicial o judicial– o para el improbable caso que no sea aprobado por el juez, será éste quien resolverá sobre la compensación según los preceptos de los artículos 62 a 66 de la LMC.

En la práctica los casos de regulación judicial serán los de mayor interés, desde que sobre la principal controversia en los juicios de divorcios unilaterales o por culpa, recaerá en la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación, aspectos sobre los cuales el juez deberá pronunciarse. Así lo prescribe el inciso segundo del artículo 64 de la LMC. Se estima que podrán presentarse los siguientes supuestos:

- i) Que la compensación sea reclamada en la demanda de divorcio o nulidad;
- ii) Si no se solicita en el escrito de demanda, el juez deberá informar acerca de este derecho en la audiencia de conciliación. El problema es que en los juicios de nulidad no hay audiencia de conciliación y frente a ello debe resolverse qué ocurre cuando tratándose de este juicio, el demandante no lo solicita. A mi entender, el juez, por aplicación del principio de la protección del interés del cónyuge más débil del artículo 3 de la LMC, igualmente deberá informar a los cónyuges sobre este derecho y debiera hacerlo al proveer la demanda. En consecuencia, lo relevante jurídicamente es la obligación del juez de informar a las partes sobre este derecho y no el trámite en el que la información deba darse. En este último caso, el cónyuge demandante podrá reclamarla en un escrito complementario de la demanda y el demandante por vía de reconvencción;
- iii) Si las partes no reclaman la compensación dentro del juicio se producirá la caducidad de la acción para reclamarla<sup>112</sup>.

Este efecto no se encuentra establecido expresamente, pero se infiere de la propia regulación de los efectos del divorcio. El legislador persigue poner término definitivamente al conflicto entre los cónyuges, evitando la prolongación de la crisis en el tiempo y resguardando dos intereses de tutela necesaria: el interés del cónyuge más débil y el superior de los hijos. De esta forma, la sentencia de divorcio presupone la regulación de todas las materias a que se refiere el artículo 55<sup>113</sup> y entre ellas está la compensación económica. Lo mismo

<sup>112</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON (n. 2), p. 104. El profesor sostiene: “hay que distinguir la preclusión del derecho a reclamar la compensación económica de la prescripción una vez determinada la compensación en la sentencia de nulidad o divorcio [...]. En cuanto al derecho a reclamar la compensación la situación es menos límpida. En este caso existe una preclusión del derecho a reclamarla que se extingue en la audiencia de conciliación. Una vez que el juez informa la posibilidad de demandarla, la ausencia de requerimiento constituye preclusión del derecho a accionar”.

<sup>113</sup> Que se remite al artículo 21 de la LMC.

para el caso de la nulidad, insistiendo que, si no se pide la compensación en la demanda, el juez debe informar a las partes sobre el derecho a ella.

Una vez deducida la solicitud y no habiéndose alcanzado un acuerdo dentro del juicio, el juez está dotado de amplias facultades para resolver sobre la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación. De la correcta realización de la actividad judicial dependerá la consecución de fines que se tuvieron en vista al instaurar esta institución y por ello los jueces al ponderar las circunstancias deberán poner sumo cuidado al justificar la procedencia y cuantía de la compensación. En esta materia será fundamental la prueba que rindan las partes y la motivación de los fallos, debiendo rechazarse las sumas alzadas fijadas antojadizamente.

*4. El derecho a la compensación económica es transmisible a los herederos del cónyuge deudor y acreedor en caso de fallecimiento*

La ley no se pronuncia sobre el particular. Si se recurre a la historia de la ley, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se afirma la intransmisibilidad del derecho a la compensación a los herederos del cónyuge deudor, no así a los del cónyuge acreedor. Se observa una cierta confusión conceptual porque se argumenta que como la compensación no constituye alimentos, ella no puede ser considerada una baja general de la herencia, sino como cualquier deuda hereditaria, olvidando que éstas, al igual que los alimentos, también constituyen una baja general de la herencia según el artículo 959 del *Código Civil*.

Pese a los antecedentes legislativos y del silencio de la norma, estimo que la compensación se transmite a los herederos del deudor conforme las reglas generales, sin perjuicio del beneficio de inventario que puedan oponer al acreedor<sup>114</sup>. Pueden distinguirse dos supuestos:

- i) Que durante la secuela del juicio fallezca el cónyuge demandado. En este caso, deben aplicarse las normas procesales y los herederos del cónyuge demandado le subrogarían y si son condenados, estarán obligados para con el cónyuge acreedor y
- ii) Que el cónyuge deudor fallezca después de la condena o de haberse perfeccionado el acuerdo entre los cónyuges aprobado judicialmente. Si se da este supuesto no existe duda, ni puede discutirse la transmisión de la obligación a sus herederos.

En ambos casos la compensación constituirá una baja general de la herencia.

---

<sup>114</sup> Así se recoge en PIZARRO WILSON (n. 2), p. 101.

En lo tocante a los herederos del cónyuge acreedor, hay que preguntarse si el derecho a la compensación económica es transmisible o no a los herederos del cónyuge acreedor o del cónyuge con título para reclamarla. La ley nada dice, empero, atendida la naturaleza jurídica de la compensación y su finalidad, me atrevería a afirmar que sólo habrá transmisión del derecho cuando éste haya nacido por la declaración judicial o acuerdo de las partes. Se trata de un crédito que como tal ingresa al patrimonio del cónyuge beneficiario y pasa a sus herederos. O sea, el solo título legal para pedir la compensación, incluso, cuando concurren sus elementos constitutivos, no es suficiente para que opere la transmisión a los herederos del cónyuge virtualmente beneficiario.

### 5. *Forma de pago*

En el Derecho chileno, al igual que en el francés, la regla es que la compensación económica es una prestación única que representa una base cierta para que el cónyuge beneficiario pueda rehacer su vida separada y alcanzar un estatus económico autónomo. Otra cosa es la forma de pago que acuerden los cónyuges o establezca el juez. El artículo 65 de la LMC reconoce al juez amplias facultades sobre el particular. Puede pagarse en dinero o en especies o mediante la constitución de un derecho real de usufructo, uso o habitación sobre un inmueble del cónyuge deudor. El juez podrá decretar las siguientes modalidades de pago:

- a) Entrega al cónyuge beneficiario una suma de dinero, especies o acciones. Si se trata de una suma de dinero, podrá pagarse de una sola vez o en varias cuotas reajustables, debiendo fijar las seguridades para el pago como cualquiera clase de garantía, sea personal, real o bancaria, como una fianza solidaria, una hipoteca, una boleta bancaria de garantía o cualquiera otra innominada. Es del caso dejar planteada la siguiente cuestión, ¿cuándo se le somete al juez un acuerdo de compensación para su aprobación debe, o no, considerar la forma de pago establecida por las partes? Por ejemplo, se acuerda el pago en cuotas en pesos y sin seguridad para el pago. Sin profundizar sobre el particular, creo que dicho acuerdo no podrá ser aprobado en esas condiciones, pudiendo y debiendo el juez corregirlo o subsanarlo. La razón, esa forma de pago pone en riesgo la satisfacción del interés del cónyuge más débil. En este caso, el juez, incluso, podría aplicar la disposición del artículo 66 para los efectos del pago de las cuotas, las que previamente deben ser reducidas a unidades reajustables.
- b) La constitución de derechos reales de usufructo, uso o habitación. Esta forma de pago de la compensación no se condice mucho con la naturaleza jurídica de la compensación económica y la aproxima más a la

idea de los alimentos debidos por ley. Con ocasión de su constitución podría producirse en la práctica un tránsito desde los derechos reales constituidos en cumplimiento de la obligación de alimentos o sobre bienes familiares gravados a aquéllos que representan la forma de pago de la compensación económica. Lo que en caso alguno puede llevar a confundir la naturaleza de las instituciones en juego.

El legislador prevé una regla de protección de los intereses de los terceros acreedores, propia y característica de los efectos patrimoniales del matrimonio, similar a la del artículo 1723 del *Código Civil*. Conforme la disposición, la constitución de los derechos reales no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución. Los acreedores del cónyuge constituyente podrán solicitar la realización del inmueble gravado como si el gravamen no existiese. La norma va más allá, al declarar adicionalmente que tales derechos reales no aprovecharán a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo, ni a los anteriores, ni a los posteriores a la constitución. En otras palabras, los derechos reales quedan fuera del derecho de garantía general de los acreedores del cónyuge beneficiario. Esta disposición es especialmente relevante para el caso del derecho real de usufructo e innecesaria para el caso del uso o la habitación, que son inembargables conforme el artículo 1618 del *Código Civil*. Aquí surgen dos cuestiones. La primera, si la norma protectora de los terceros acreedores de este precepto igualmente se aplica a los casos de compensación convenida y de necesaria aprobación judicial. Puede resultar discutible la aplicación analógica de la norma, pero creo que recurriendo a los principios generales del Derecho debe llegarse a la misma solución. Se aplican los principios de la seguridad jurídica y de la protección de la apariencia, que ordenan el resguardo de los acreedores por actuaciones voluntarias posteriores del deudor que puedan perjudicar sus intereses. La segunda, qué efectos produce la realización posterior del inmueble gravado por el ejercicio del derecho de crédito de terceros anteriores o de una acción real. En otros términos, a quién pertenece el riesgo de la realización del bien, al acreedor de la compensación o a su deudor. Ante la ausencia de norma, resulta recomendable, a objeto de precaver la posible falta de protección del cónyuge acreedor, incluir esta contingencia en la demanda o en el acuerdo de compensación y los efectos que se seguirán de su eventual realización.

- c) Para el caso que el cónyuge no tenga bienes suficientes, el artículo 66 prevé una norma especial, que autoriza la división de la compensación en tantas cuotas como fuere necesario, expresadas en alguna unidad

reajutable, disponiendo que para los efectos del cumplimiento las cuotas serán consideradas alimentos debidos por ley, a menos que el deudor ofrezca otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que deberá declararse en la sentencia. No se altera la naturaleza jurídica de la compensación, sino que se considera alimentos a las cuotas para el sólo efecto de su cumplimiento a objeto de hacer aplicables las normas especiales en materia de cumplimiento de pensiones alimenticias. Cabe precisar que en la discusión a que dio lugar el precepto se afirma que:

“Sin duda es una figura híbrida, pero que a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución y por esa razón se sugiere asimilarla a los alimentos no sólo para por la posibilidad de solicitar el arresto nocturno del infractor ante el incumplimiento, sino también por el procedimiento ejecutivo simplificado para su cobranza”.

Se reconoce que el arresto nocturno no tiene gran efecto en cuanto producir el pago, pero sí constituye un incentivo para el cumplimiento del que no se podría prescindir<sup>115</sup>.

- d) Finalmente, la modalidad de pago especial introducida por la ley N° 20.255, que prevé el traspaso de fondos de capitalización obligatoria hasta el límite del 50% existente del cónyuge deudor, con independencia del régimen patrimonial. Tal traspaso de fondos se hará a la cuenta de capitalización individual del cónyuge acreedor o de no ser titular de una, a la cuenta que se abra al efecto. Esta modalidad de pago queda sujeta a un doble límite, por una parte no puede exceder el 50% de los fondos disponibles en la cuenta obligatoria y, por otra, sólo deben considerarse para el cálculo los fondos que se hayan originado durante el matrimonio. Además, ella se restringe a los afiliados al sistemas de Fondos de Pensiones, dejando fuera a todos aquellos trabajadores sujetos a otros sistemas provisionales administrados por el Instituto de Normalización Previsional y, también, por la CAPREDENA, lo que indudablemente constituye una discriminación injustificada para los acreedores de compensación.

### *6. Inmutabilidad de la compensación*

Una vez fijado el monto de la compensación, o la forma cómo ésta se pagará, no puede modificarse –ni aumentarse, ni reducirse–, aunque se alteren las

---

<sup>115</sup> “Informe...” (n. 9).

circunstancias consideradas al momento de apreciar la procedencia y cuantía de la compensación según lo prescrito por el artículo 62 de la LMC. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado

“rechazó la posibilidad de que el deudor solicite el cese del pago del saldo insoluto, o su reducción, por la variación de su condición económica o de la del acreedor, o por el hecho de que su ex cónyuge se case nuevamente o conviva con otra persona”.

Y el senador D. Rafael Moreno creyó injusto que el cambio de condiciones habilite para solicitar que se modifique el monto ya determinado, por cuanto éste responde a la situación coetánea al divorcio o a la declaración de nulidad, no a lo que ocurra posteriormente, lo que se advierte con claridad si se atiende al supuesto que el deudor hubiese pagado de contado, al que no se le reconocería derecho a devolución alguna<sup>116</sup>.

La compensación económica es inmutable a pesar de que se haya acordado o resuelto el pago de la compensación en cuotas de acuerdo con el artículo 65 N° 1 de la LMC y éstas se hallen pendientes de pago; ni siquiera cuando el juez excepcionalmente disponga el pago en cuantas cuotas fueren necesarias y sean consideradas alimentos para el solo efecto de su cumplimiento según el artículo 66 de la LMC<sup>117</sup>.

Esta característica es la muestra más palpable que nuestro legislador optó por una compensación de naturaleza distinta a la alimenticia.

## VI. CONCLUSIONES

1. La compensación económica constituye la más importante concreción del principio de protección al cónyuge más débil del artículo 3 de la LMC, y para estos efectos se considera como tal al cónyuge que por dedicarse a la familia durante del matrimonio no pudo desarrollar una actividad remunerada como podría y quería.

---

<sup>116</sup> “Informe...” (n. 9), p. 171.

<sup>117</sup> En contra de la inmutabilidad de la compensación económica TURNER (n. 45), pp. 100-101, quien critica el que la ley no contemple vías para solicitar la reducción o extinción de la compensación económica porque la parte deudora podría quedar vinculada económicamente durante años con quien la ley declaró ya no ser su cónyuge, sin consideración alguna de las variaciones que pueda sufrir su capacidad económica o la situación patrimonial de la parte acreedora. Y estima que ello constituye un desincentivo al trabajo tanto del cónyuge beneficiario como del cónyuge deudor.

2. Esta institución descansa en tres fundamentos jurídicos:
  - a) el empobrecimiento que se arrastra durante la vida en común y que aflora a la terminación del matrimonio, careciendo en ese instante de causa y
  - b) la protección a la confianza creada en el cónyuge dedicado al hogar o al cuidado de los hijos acerca de la conservación del vínculo y los efectos jurídicos derivados de su estatuto protector y, estrechamente vinculado con ambos
3. 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 con la finalidad de corregir por medio de una prestación pecuniaria el menoscabo económico proporcionando al cónyuge beneficiario una base económica cierta para rehacer su vida separada y así alcanzar un estatus económico autónomo adecuado. De este modo se evita un empeoramiento futuro de ese cónyuge.
4. Los elementos constitutivos de la compensación son:
  - i) que uno de los cónyuges se dedique durante el matrimonio al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común;
  - ii) que a consecuencia de ello no haya podido desarrollar una actividad remunerada o la haya desarrollado en una menor medida que la que podía y quería;
  - iii) que se declare el divorcio o la nulidad matrimonial y
  - iv) que de ello se siga un menoscabo económico para el cónyuge dedicado.
5. El menoscabo económico no es un daño sino que una carencia que se traduce en una disparidad económica que constituye un obstáculo para que uno de ellos, el acreedor, rehaga su vida separada y alcance una cierta autonomía. Uno de los cónyuges comienza su vida separada un pie más atrás.
6. El menoscabo económico no resulta naturalmente de la concurrencia del supuesto típico del artículo 61 de la LMC, sino que debe justificarse y ello presupone la consideración de todas las circunstancias o factores del artículo 62 de la LMC. Tales circunstancias o factores son esenciales para determinar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación.
7. La compensación económica se desenvuelve al margen de la culpa o la mala fe del cónyuge deudor. La culpa o mala fe del acreedor interesa para efectos de declarar la improcedencia de la compensación o reducir su cuantía, a pesar del menoscabo y su real entidad. Estos criterios

subjetivos actúan como una verdadera sanción y su ponderación queda entregada al juez.

8. El régimen legal de la compensación económica se caracteriza por lo siguiente:
  - a) se aplica a los supuestos de nulidad y divorcio;
  - b) el derecho a la compensación es irrenunciable anticipadamente;
  - c) la compensación económica puede ser acordada antes de la celebración del matrimonio o durante su vigencia mediante escritura pública o avenimiento judicial, en ambos casos aprobados judicialmente;
  - d) si no hay acuerdo, la establece el juez a petición de la parte interesada, o en la demanda, o en un escrito complementario de ésta o por vía de reconvención;
  - e) la compensación económica acordada por los cónyuges o fijada por el juez no es susceptible de modificación por cambio de las circunstancias que motivaron el acuerdo o la resolución judicial.
9. Finalmente, cabe precisar que la compensación económica no excluye el ejercicio de la acción indemnizatoria por el daño por delito o cuasidelito civil derivado de los hechos constitutivos de las causales de divorcio del artículo 54 de la LMC.

# LA PENSIÓN COMPENSATORIA TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

*María Paz García Rubio*

*Cometí sin querer  
el error de acertar otra vez.  
Natural cien por cien,  
el amor nunca elige con quien*

“Conocí a una mujer”  
(Joaquín Sabina - Jorge Drexler - Fernando Polaino)

## 1. PRECEDENTES

La ley 30/1981 de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el *Código Civil* con el presupuesto ineludible de respetar los dictados del art. 32 de la *Constitución*, conforme al cual:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Aunque la *Constitución* había dejado el tema totalmente abierto, la nueva regulación legal reintroduce el divorcio como causa de disolución del matrimonio, siguiendo, además, como principio informador, el modelo llamado de divorcio-remedio basado en la ruptura irremediable del matrimonio, frente al conocido como divorcio-sanción, que pivota sobre la idea de culpa de uno de los cónyuges<sup>1</sup>.

La ley de 1981 regulaba la separación legal que casi siempre se exigía como un paso previo al divorcio, de suerte que a este último se acudía tras un período de separación previa, a veces bastante largo. Parece que la idea

---

<sup>1</sup> Incluso cuando la propia Exposición de Motivos de la ley 15/2005 estima que aun podían advertirse en esta ley de 1981 rasgos del antiguo modelo de separación-sanción.

del legislador era la de hacer posible que los cónyuges separados tuvieran tiempo de replantear su situación de crisis, de suerte que el divorcio sólo se produciría cuando quedase constancia de que la reconciliación ya no era posible. La práctica demostró que la mayoría de las separaciones no conducían a la reconciliación, sino al divorcio, el cual exigía un nuevo pronunciamiento del juez y, por tanto, la crisis matrimonial derivaba en la mayor parte de los casos en la inevitable dualidad de procedimientos judiciales.

Tanto la separación como el divorcio se sustentaban en un sistema causal. Para acceder a la separación o al divorcio era preciso alegar unas causas determinadas (art. 82 del *CC* en su versión anterior), y como regla general un cierto período de cese de la convivencia conyugal (art. 86 del *CC* y su remisión al 82). En ningún caso el divorcio podía pronunciarse por el simple acuerdo de los cónyuges, aunque la práctica judicial fue evolucionando en el sentido de terminar admitiendo como causa de separación, y de consiguiente divorcio, la falta de *affectio maritalis* lo cual suponía una interpretación del art. 82.1 amplia y flexible (entre otras, las ya tempranas SSTS de 14 de julio de 1982 y 11 de febrero de 1985)<sup>2</sup>.

Tanto en el supuesto de separación legal como en el de divorcio, la ley contemplaba la posibilidad de pensión compensatoria o pensión por desequilibrio económico que un cónyuge podría deber a otro. Inspirada en modelos de Derecho Comparado, se trata de una pensión a percibir por el cónyuge divorciado o separado de menor fortuna o medios materiales, destinada a hacer posible la conservación del nivel de vida ostentado durante el matrimonio y que actuaba como remedio corrector del desequilibrio generado entre los cónyuges a consecuencia de la ruptura matrimonial.

La pensión, regulada en el art. 97 del *CC*, era uno de los contenidos típicos del convenio regulador (art. 90.1.e)<sup>3</sup> o de las medidas adoptadas por el juez en defecto de acuerdo.

La pensión no se asociaba en ningún momento con la idea de culpabilidad. Tampoco con la causa detonante de la separación o el divorcio, de modo que era posible que aquel cónyuge que con su conducta hubiera provocado la separación o el divorcio fuera el acreedor de la pensión si era el que, a la postre, sufría el desequilibrio, a la par que el cónyuge que hubiese sido la

---

<sup>2</sup> Abundante jurisprudencia sobre la materia en María Luisa ARCOS VIEIRA, *La desaparición de la "affectio maritalis" como causa de separación y divorcio*, Navarra, Aranzadi, serie Cuadernos de Aranzadi Civil, 2000, vol. 8.

<sup>3</sup> Expresión que utiliza el *Código* para identificar al documento en que se recogen los acuerdos o pactos que los cónyuges adoptan en caso de crisis matrimonial y someten a control judicial. Carlos LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, 5ª ed, Barcelona, Marcial Pons, 2006, tomo VI: Derecho de Familia, p. 143.

“víctima” podría resultar en definitiva deudor de la pensión<sup>4</sup>. Es cierto que algunos autores entendieron en un primer momento que la fórmula utilizada al inicio del art. 97 que permitía al juez fijarla “teniendo en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias”, admitía ligar culpabilidad y pensión<sup>5</sup>. Personalmente manifesté que esto significaba introducir por la puerta falsa un sistema culpabilístico que el legislador quiso rechazar. Tomando prestadas las palabras del civilista alemán Dieter Schwab, estimaba que la actitud personal de un cónyuge frente a otro durante el matrimonio, o, incluso, en la separación o el divorcio, puede tener repercusiones en las obligaciones alimenticias posteriores, pero estos problemas deben resolverse de manera objetiva, de modo que el comportamiento de los cónyuges no se juzgue tanto desde la perspectiva de una especial moral matrimonial como bajo imperativos sociales de solidaridad humana<sup>6</sup>. Así, por ejemplo, no parece justo sancionar con la pérdida de un derecho a obtener una pensión a una esposa que ha consagrado varios años de su vida al cuidado de su marido y sus hijos, porque tras veinte años de rigurosa fidelidad conyugal, abandone a su esposo por otro hombre o porque ya no está satisfecha con esa vida<sup>7</sup>.

Vigente la ley de 1981 se planteaban problemas como el relativo a la época relevante para apreciar el desequilibrio, existiendo discrepancias entre quienes entendían que ese momento era el del cese de la convivencia con independencia de la solicitud de separación legal o divorcio (que podía ser muy posterior) mientras que según otras sentencias y autores era precisamente este último.

Pero, sin duda, el problema fundamental planteado por la pensión compensatoria era el de su propio fundamento. Puesto que el sistema no era de divorcio por culpa, no tenía sentido, a mi juicio, considerar que se trataba de una indemnización destinada a reparar o compensar al cónyuge inocente (con independencia de que tratemos posteriormente si cabe la indemnización por daños tras un divorcio), aunque algunos autores apoyaban este carácter. La segunda opción era considerar que tenía naturaleza alimenticia, es decir, que se basaba en presupuestos de necesidad del acreedor y posibilidad del deudor de la pensión. Tampoco parece que éste fuera el caso en el Derecho español, puesto que ni presupone la situación de necesidad ni su contenido venía determinado por el propio de los alimentos entre parientes del art. 142 del *CC*; no se debe olvidar, por otro lado, que los divorciados ya no son

---

<sup>4</sup> María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, p. 144.

<sup>5</sup> *Vid.* LASARTE (n. 3), p. 154.

<sup>6</sup> Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 8 Af, München, Bech, 1988, p. 207.

<sup>7</sup> GARCÍA RUBIO (n. 4), p. 147.

parientes y no forman parte de los sujetos obligados por alimentos (no así los separados, que según opinión que comparto, pueden ser acreedores-deudores de obligaciones alimenticias, que en su caso pueden concurrir con la pensión compensatoria<sup>8</sup>).

Prueba de que no es la alimenticia la naturaleza que mejor le iba a la pensión, es que se trataba de un derecho renunciable (en su momento hablaremos de cómo y cuándo), regida por el principio dispositivo, es decir, que exige la previa petición de parte en el proceso (aunque no una solicitud *nominatum*), de modo que la sentencia que la otorgue de oficio incurrirá en incongruencia<sup>9</sup>. También se afirmaba que si no se había solicitado en el proceso de separación, no podría después reclamarse en el posterior de divorcio.

Una afirmación frecuente en tribunales y autores era que la pensión del art. 97 del *CC* constituía una figura destinada a eliminar el desequilibrio objetivo experimentado a consecuencia de la separación o divorcio entre los miembros de la pareja como consecuencia de la ruptura matrimonial<sup>10</sup> y al margen de toda conexión con la idea de culpa o responsabilidad. En coherencia con esta naturaleza y puesto que en cualquier reclamación judicial quien afirme la concurrencia de sus presupuestos ha de demostrarlos, los tribunales estimaban que la prueba del desequilibrio habría de ser aportada por quien lo alegaba, o al menos deducirse con claridad de la prueba obrante en autos.

Como destaca la doctrina y ratifica la jurisprudencia, todo ello no significa que la pensión suponga un derecho absoluto a seguir disfrutando del nivel de vida que se tenía durante el matrimonio<sup>11</sup>, ni mucho menos que el acreedor de la compensación tenga derecho a participar en las mejoras de fortuna de su ex cónyuge, lo cual es negado mayoritariamente por los tribunales, a diferencia de lo que sucede con los hijos, quienes sí tienen derecho a participar en las mejoras de fortuna de sus progenitores posteriores al divorcio<sup>12</sup>. Su función era, y continuará siendo en la actualidad, fundamentalmente “re equilibradora” de la posición de ambos cónyuges.

<sup>8</sup> En contra, María Luisa MORENO-TORRES HERRERA, “La pensión compensatoria”, en Julio Vicente GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *La Reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 127-234, p. 139 y doctrina allí citada.

<sup>9</sup> GARCÍA RUBIO (n. 4), p. 151.

<sup>10</sup> Entre las últimas, STS 28 de abril de 2005, *RJ* 4209.

<sup>11</sup> El derecho a la pensión compensatoria nace siempre que exista desequilibrio, pero ello no quiere decir que tenga que ser de cuantía tal que iguale el nivel de vida que se tenía durante el matrimonio, pues del propio artículo se deduce que su cuantía no es la misma en todos los casos. MORENO-TORRES HERRERA (n. 8), p. 144.

<sup>12</sup> Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de Familia, Casos, reglas y argumentos*, Madrid, Dilex, 2006, p. 135.

## II. DERECHO VIGENTE

La ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el *Código Civil* y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio supone, en cierta medida, una evolución lógica del sistema anterior relativo al divorcio, si bien llevada, según algunos, a sus últimas consecuencias<sup>13</sup>.

Por una parte, se establece un sistema de divorcio sin causa en el que basta con que ambos cónyuges o sólo uno de ellos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio<sup>14</sup>, si bien se requiere como presupuesto el transcurso de un corto período de espera de tres meses desde la celebración del matrimonio, tiempo de espera que no es necesario en el caso señalado en el art. 81.2<sup>15</sup>.

Así, por una parte, se conserva como institución autónoma la separación matrimonial para aquéllos que no deseen disolver su matrimonio<sup>16</sup>, pero deja de ser un paso previo necesario para el divorcio<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Entre otros, MORENO-TORRES HERRERA (n. 8), p. 129.

<sup>14</sup> En general la literatura jurídica española entiende que el nuevo sistema es perfectamente acorde con el texto del art. 32 de la CE. Así, por todos, Andrés Domínguez Luelmo señala que la nueva normativa no vulnera la Constitución, pues frente a la posibilidad de regular diversas causas-remedio (cese de la convivencia conyugal) o causas-culpables (incumplimiento de obligaciones conyugales), el legislador ha preferido no explicitarlas, sustituyéndolas por la voluntad unilateral o concorde de los cónyuges. En definitiva, entiende el autor citado que se ha erigido en causa de relajación del vínculo tanto el mutuo disenso como el desistimiento unilateral, en virtud de los cuales son los esposos los que pasan a valorar la eventual presencia de estas situaciones (“La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho civil”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 13, pp. 1-58). Incluso, se puede afirmar que: “causa, en sentido de fundamento de la separación o divorcio existe: la voluntad de separarse o divorciarse”. María Belén TRIGO GARCÍA, “La introducción de la separación y el divorcio sin causa en el Derecho español (Ley 15/2005, de 8 de julio)”, en *Dereito*, vol. 14, N° 2, Santiago de Compostela, 2005, p. 14.

<sup>15</sup> En la segunda frase de este párrafo se dice que: “No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”.

<sup>16</sup> Lo que según MORENO-TORRES HERRERA (n. 8), p. 130, constituye una exigencia constitucional derivada del art. 32.2 CE. Por mi parte no estoy tan segura.

<sup>17</sup> Resulta un dato objetivo que el nuevo sistema ha incrementado de modo notable el número de divorcios a la par que se han ido disminuyendo el número de separaciones. Si tomamos como fuente las estadísticas suministradas por el CGPJ en su informe anual “La justicia dato a dato”, observamos que en el año 2004, vigente la legislación anterior, el número de divorcios consensuados fue de 31.569 y el de no consensuados 21.022, por 55.367 separaciones consensuadas y 26.973 no consensuadas. En 2005, con la entrada en vigor de la nueva ley en el mes de julio, el número de divorcios consensuados pasó a ser de 56.389 y el de no consensuados de 37.147; mientras que las separaciones bajaron a 36.039 las consensuadas, por 19.593 las no

En lo que ahora interesa, se mantiene, con no muy relevantes variaciones con relación a la versión anterior, la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio, a la que seguidamente haremos mención.

Como cuestión previa conviene señalar que pretende en todo momento que las partes lleguen a un acuerdo sobre las consecuencias de su divorcio, para lo que la ley exige que se acompañe a la demanda la propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación o el divorcio, posibilitando que la otra parte conteste proponiendo las que considere más adecuadas, y que, en definitiva, traten de llegar a una solución consensuada, bien por la intervención del juez en el propio procedimiento judicial, bien a través de la mediación familiar. Toda demanda de separación o divorcio debe ir acompañada de la propuesta-convenio regulador (art. 90 del *CC*), que después será homologado judicialmente siempre que no resulte dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para cualquiera de los cónyuges.

En todo caso, tanto la separación legal como el divorcio exige el correspondiente pronunciamiento judicial, que puede ser de mutuo acuerdo (lo que es como se ha dicho propiciado por la ley y lo más frecuente en la práctica) o contencioso.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que los acuerdos entre los cónyuges no homologados judicialmente tienen un valor como contrato que ha sido reconocido por la jurisprudencia<sup>18</sup>.

consensuadas. En el año 2006, último del que existen cifras completas y en el que ha estado plenamente vigente la nueva ley, el número de divorcios consensuados ha subido a 85.645 y el de no consensuados a 55.672, mientras que el número de separaciones ha bajado de forma más que notoria, siendo 8.796 las consensuadas y de 5.396 las no consensuadas. Pueden consultarse estos datos en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>. Visitada el 20 de noviembre de 2008.

<sup>18</sup> El tema de la eficacia jurídica de los acuerdos celebrados por los esposos, que no han sido presentados en el proceso matrimonial para su homologación judicial o no han sido ratificados por uno de los cónyuges en dicho proceso, controvertido en la doctrina y en los tribunales menores, parece definitivamente resuelto por el Tribunal Supremo tras las SSTs de 22 de abril de 1997 (*RJA*, 1997/3252) y 21 de diciembre de 1998 (*RJA* 1998/9649). En la primera de ellas a juicio del ponente deben distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, que es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente, que queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico. En el proceso judicial ordinario se ventilaba la validez de uno de los acuerdos celebrados entre los esposos y que no fue presentado en el procedimiento de separación por el que se pactaba la distribución de los bienes de los cónyuges en régimen de separación de bienes (por cierto, otro de los acuerdos contenía la renuncia a la pensión compensatoria, pero éste no fue objeto de discusión). El mencionado acuerdo fue considerado por el Tribunal Supremo como “válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado... No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en

Entre los contenidos necesarios del mencionado convenio regulador, y en su caso de la sentencia<sup>19</sup>, exigidos por la ley, están las cuestiones que constituyen las fuentes de conflicto típicas en cualquier crisis matrimonial y que básicamente son las siguientes:

- Régimen de custodia y visita de los hijos.
- Fijación económica de los alimentos debidos a los hijos mayores y menores.
- Atribución del uso de la vivienda familiar.
- La liquidación del régimen económico del matrimonio.
- Pensión compensatoria en favor del cónyuge desfavorecido.

### III. LA PENSIÓN COMPENSATORIA. PLANTEAMIENTO GENERAL

La pensión compensatoria o pensión por desequilibrio económico, que constituye el objetivo central de esta intervención, ha sido una institución que no ha experimentado grandes modificaciones con la reforma de 2005<sup>20</sup>. Más bien

el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico". En la segunda de las sentencias citadas se hace una declaración general interesante para el objeto central de nuestro estudio al señalar que: "la Ley 7 julio 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, *cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges*" (el énfasis es añadido); la sentencia afirma: "los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código civil para toda clase de contratos en el artículo 1261", añadiendo a continuación: "ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio" "...tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez".

<sup>19</sup> Si bien, como señala LASARTE (n. 3), p. 151, tras la reforma de 2005 la mención a la pensión aparece absolutamente preterida en el art. 91 del CC, que recoge las medidas judiciales de carácter definitivo, lo que según señala carece de sentido y demuestra el desajuste de la reforma con los llamados efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.

<sup>20</sup> MORENO-TORRES HERRERA (n. 8), p. 128, para quien el interés de la reforma en materia de pensión compensatoria estriba, no tanto en las novedades en sí, como en el hecho de que consolida un sistema, a su entender objetivo, de prestaciones económicas posconyugales, cuya función prioritaria es proporcionar a su destinatario los medios materiales precisos para alcanzar por sí mismo el nivel de vida de que disfrutó durante el matrimonio, y que no está

al contrario, la nueva ley prácticamente se ha limitado a introducir en el texto legal algunas de las soluciones a las que ya había llegado la jurisprudencia por interpretación del texto anterior, dejando intocados buena parte de los preceptos dedicados a esta institución.

De este modo, sigue siendo el art. 97 del CC la sede donde se regulan tanto los presupuestos para que proceda la pensión como los criterios que podrá tener en cuenta el juez para determinar, a falta de acuerdo de los cónyuges, su cuantía.

De conformidad con el precepto antecitado

“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación<sup>21</sup> que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2ª La edad y el estado de salud.

3ª La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4ª La dedicación pasada y futura a la familia.

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

6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

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

9ª Cualquier otra circunstancia relevante.

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

De lo establecido en la norma reproducida parece deducirse que dos son los presupuestos que se exigen para la existencia del derecho a pensión:

dirigido propiamente a compensarle por las aportaciones económicas y personales realizadas por la convivencia conyugal.

<sup>21</sup> Obsérvese que se dice ahora “compensación” y no “pensión”, lo que no creemos que en realidad tenga otra transcendencia que la prestación económica ya no se configura ahora como necesariamente periódica.

por un lado, el desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro y, por otro, que dicho desequilibrio implique un empeoramiento en la situación anterior al matrimonio. No obstante, y puesto que resulta palmario que la autonomía de la voluntad de los cónyuges ha de primar en cualquier caso con los únicos límites que a ella se le imponen en todo el ordenamiento jurídico (art. 1255 del *CC* con carácter general, o los ya citados de daño para los hijos o grave perjuicio para uno de los cónyuges según reza el art. 90 del *CC*), nada impide que dos personas pacten que tras su divorcio o, incluso, con carácter previo<sup>22</sup>, una tendrá derecho a una pensión compensatoria aun cuando no se den los dos presupuestos antedichos, si bien en este caso podría discutirse si estamos propiamente ante una pensión compensatoria o ante unos alimentos convencionales, de origen y régimen exclusivamente regido por el principio de autonomía de la voluntad<sup>23</sup>.

Aunque con la nueva redacción de la norma las circunstancias enumeradas se describen literalmente a los efectos de determinar el importe de la pensión, con el texto anterior una parte de la doctrina pretendió construir un concepto subjetivo de desequilibrio económico en el que se tenían en cuenta las circunstancias antedichas, que se configuraban así como algo más que circunstancias para determinar la cuantía de la pensión. Lo cierto es que la mayor parte de la literatura jurídica española prefería mantener un concepto objetivo de desequilibrio cuya constatación se produce simplemente por la comparación entre los patrimonios de los cónyuges *ex ante* y *ex post* divorcio<sup>24</sup>. De cualquier modo, no son pocas las sentencias que de alguna manera toman en cuenta, para decidir la procedencia o improcedencia de la pensión, algunas de las circunstancias señaladas, como la edad, el estado de salud, las posibilidades de acceso al empleo, etc.; que implican un concepto más subjetivo de desequilibrio y le dan a la pensión un cierto tinte alimenticio<sup>25</sup>,

<sup>22</sup> Sobre los pactos prematrimoniales hablaremos más adelante.

<sup>23</sup> Salvando la supletoriedad del régimen legal de alimentos en virtud de lo establecido en el art. 153 del *CC*.

<sup>24</sup> GARCÍA RUBIO (n. 4), p. 153. Ya con el nuevo texto, CARRASCO PERERA (n. 12), p. 129, quien, sin embargo, estima que lo lógico hubiera sido elevar alguno de estos factores de ponderación, pero no todos, a criterios de devengo, reconociendo, como se dice en el texto, que en el fondo es así como operan muchas veces los tribunales.

<sup>25</sup> Ya en 1995 mantuve mis dudas al respecto, de que la configuración puramente objetiva fuera la mejor propuesta de *lege ferenda*, puesto que no es la que favorece la autosuficiencia futura de quienes han dejado de ser cónyuges, autosuficiencia que en principio debe estar en el horizonte de quienes quieren dejar atrás, también a efectos económicos, el matrimonio. Otra cosa es que puedan y deban existir pensiones a favor de quienes, precisamente a causa del matrimonio y posterior divorcio, han incurrido en situación de necesidad o han enriquecido a su costa al otro cónyuge. GARCÍA RUBIO (n. 4), p. 156.

si bien como se ha señalado parece ahora más claro que no es éste el criterio querido por el legislador de 2005.

En cuanto a si el momento para apreciar el desequilibrio es el del cese de la convivencia o el de la solicitud del divorcio, que tenía gran transcendencia en el sistema anterior en el que el divorcio exigía como regla un largo período de separación fáctica o legal, ha perdido interés con la nueva regulación, puesto que ambos momentos pueden llegar, incluso, a coincidir.

En relación con las circunstancias que se enumeran en el art. 97 para los efectos de determinar la cuantía de la pensión, merece la pena detenerse (por su relación con la compensación económica prevista en el Derecho chileno) en las enumeradas como causas 4<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup>: “la dedicación pasada y futura a la familia” y “la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge”. Aunque la mayor parte de la doctrina considera que ambas circunstancias se toman en cuenta, como el resto, sólo a efectos cuantitativos, hay quien estima que en realidad en el último caso estamos ante un segundo crédito a favor del titular de la pensión, que resulta la contrapartida del trabajo ejecutado en provecho de la actividad profesional de su consorte<sup>26</sup>. Esta opinión cree que de este modo en el art. 97 se encuentran comprendidos dos derechos distintos: un derecho de mantenimiento y un derecho a obtener una retribución que elimine el enriquecimiento injusto que nace del hecho de haber colaborado en actividades lucrativas del otro cónyuge. Esta opinión es, sin embargo, muy discutible y minoritaria en nuestra doctrina. No hay pie en el texto de la norma para dar ese tratamiento distinto a la circunstancia enumerada en el número 5<sup>o</sup>. Es más, dentro del propio *Código Civil*, existe una norma específicamente destinada a compensar la actividad de uno de los cónyuges en beneficio de otro y basada en el principio del enriquecimiento injusto. Se trata del art. 1438 del *CC*, pensado exclusivamente para el régimen económico de separación de bienes en el que se puede producir una desigualdad patrimonial en el momento de la liquidación<sup>27</sup> y de conformidad con el cual:

<sup>26</sup> MORENO-TORRES HERRERA (n. 8), p. 145. Señala esta autora que la norma que inspiró este número 5 del art. 97 fue el art. 280-1 del *CC* francés, en la redacción dada en 1975, según la cual los efectos económicos que nacían entre los esposos por efecto de la separación o el divorcio variaban en función de la culpa. En particular, el cónyuge que era declarado único culpable del divorcio no tenía derecho a percibir la prestación compensatoria del art. 270, pero sí se le reconocía una indemnización con carácter excepcional si teniendo en cuenta la duración de la vida en común y la colaboración prestada a las profesiones del otro, apareciese como manifestamente contrario a la equidad negarle toda compensación como consecuencia del divorcio; esta indemnización era en derecho francés una prestación diferente de la pensión compensatoria.

<sup>27</sup> En el régimen de gananciales, que es el legal supletorio en el ámbito del *Código Civil*, señala CARRASCO PERERA (n. 12), pp. 134-135 el hecho de que la mujer haya trabajado en casa y para

“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

Esta compensación, que no se producirá en todo caso sino únicamente cuando la contribución al trabajo doméstico haya ido más allá del estricto deber de contribuir a las cargas del matrimonio, como ya señalé en su día<sup>28</sup> y ha reconocido la STS de 11 de febrero de 2005<sup>29</sup>, sólo se aplicará en caso de separación de bienes. Aun cuando el texto codificado mencione únicamente el trabajo para la casa, se considera también analógicamente aplicable al caso del trabajo en la actividad profesional del otro cónyuge que contribuye a enriquecer a este último. Así es de claro en el Derecho catalán, donde el régimen de separación es precisamente el legal supletorio y cuyo *Código de Familia*<sup>30</sup> reconoce esta compensación económica por razón del trabajo con carácter general en los arts. 41 y 42. Durante un tiempo, la jurisprudencia menor, que tuvo que aplicar esta compensación en el Derecho catalán, dudó de su compatibilidad o incompatibilidad con la pensión compensatoria del art. 97 del *CC*, dudas que se resuelven ahora en la propia norma cuando en el párrafo tercero del precitado art. 41 se señala la compatibilidad de este derecho con los otros derechos de carácter económico que correspondan al cónyuge beneficiario y ordena que también se tenga en cuenta para la fijación de estos otros derechos (se está pensando, básicamente, en la pensión compensatoria)<sup>31</sup>.

Creo que esa compatibilidad de prestaciones es también la solución correcta en el caso del *Código Civil* cuando los cónyuges hayan estado casados

el hogar, mientras el marido ha mantenido sus opciones de mercado, no es una circunstancia que de suyo baste para fijar una pensión compensatoria. Pues la mujer habrá recibido en su haber la mitad de gananciales o, en el supuesto del régimen de separación, tendrá derecho a una remuneración equitativa por la dedicación al hogar, como se señala en el texto.

<sup>28</sup> GARCÍA RUBIO (n. 4), pp. 168-169.

<sup>29</sup> *RJ*. 1407

<sup>30</sup> Ley 9/1998 de 15 de julio, del *Código de Familia*.

<sup>31</sup> En realidad el propio TSJ de Cataluña tuvo que pronunciarse sobre la cuestión en relación con el texto anterior de la Compilación que no aclaraba este punto. En su sentencia de 31 de octubre de 1998 en la que se resolvió un recurso en interés de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, el tribunal declaró compatibles ambos derechos, partiendo de que cada uno de ellos cumplía una función distinta “la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil tiende a eliminar desequilibrios futuros, mientras que el art. 23 de la Compilación (...) compensa desequilibrios pasados”.

en régimen de separación y se cumplan los supuestos de hecho de ambas normas, lo que no sucederá si, por ejemplo, el pago de la compensación *ex art. 1438* soluciona *ex ante* el desequilibrio patrimonial y ya no se da el presupuesto del art. 97<sup>32</sup>.

De cualquier modo debe señalarse, para cerrar este tema, que la realización por parte de uno de los cónyuges de modo exclusivo o preponderante del trabajo para la casa que, en el sistema procedente de 1981, suponía una modalidad de contribución al levantamiento de las cargas familiares que bien podía recaer en exclusiva sobre uno solo de los cónyuges, exige ahora ser repensado. No en vano, tras la reforma introducida en el art. 68 por la ley 15/2005, que obliga a los cónyuges a compartir las responsabilidades domésticas, se hace precisa una nueva perspectiva de análisis, al producirse un cierto choque entre el aludido deber conyugal introducido en el art. 68 y ciertas previsiones contenidas en los arts. 97.4 y 1438 del *CC*.

La única circunstancia que añade el legislador de 2005 a las enumeradas en el art. 97 es la enunciada como “cualquier otra circunstancia relevante”, que sólo significa que el elenco recogido no tiene carácter exhaustivo, lo cual, por otro lado, ya se derivaba del texto anterior (“teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias”) y habían reconocido la doctrina y la jurisprudencia<sup>33</sup>.

Como antes señalé, pocas son las novedades introducidas por la nueva ley en relación, no sólo con la naturaleza sino, también, con los caracteres de la pensión compensatoria.

Sigue siendo un derecho de naturaleza dispositiva, sometida al principio procesal de rogación, y que, por tanto, ha de ser solicitado por quien se considere acreedor de la pensión, sin que pueda ser, en ningún caso, impuesto de oficio por el tribunal. En algunos casos los tribunales han entendido que, por tratarse de procesos distintos e independientes, la pensión concedida en el proceso de separación no se prorroga automáticamente en el proceso de divorcio, de modo que no habiéndose reclamado dicha pretensión en este último procedimiento, no es necesario un pronunciamiento judicial extintivo del derecho a la pensión compensatoria, si bien el Tribunal Constitucional ha considerado que cuando no se hayan exteriorizado las concretas previsiones normativas en las que se sustenta esa concreta concepción de la cuestión controvertida, la decisión de extinción de la pensión en casos como los señalados vulnera al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Como ya señalaba en 1995, GARCÍA RUBIO (n. 4), p. 172.

<sup>33</sup> De hecho, la STS de 10 de febrero de 2995 (*RJ* 1133) califica los factores a tener en cuenta de “numerosos y de imposible numeración”.

<sup>34</sup> En tal sentido se pronuncia STC 96/2005, de 18 de abril, *BOE*, 20 de mayo.

Aparentemente el texto legal de 2005 introduce cierta novedad, pues, a diferencia del precedente de 1981 donde se hablaba simplemente de “pensión”, ahora se contempla expresamente que la compensación pueda consistir tanto en una pensión temporal, en una pensión por tiempo indefinido o, incluso, en una prestación única.

En realidad, la alusión a la que la pensión pueda ser tanto temporal como indefinida no constituye novedad alguna, sino el reconocimiento explícito de una evolución jurisprudencial que comenzó negando la posibilidad de limitar temporalmente el derecho del acreedor de la pensión, para terminar admitiendo sin ambages esta limitación temporal<sup>35</sup>, después de que tanto la doctrina como las propias recomendaciones del Consejo de Europa, destacasen la corrección ética de la tesis según la cual cualquier derecho a percibir una pensión tras el divorcio debe ir acompañado de su temporalidad, pues sólo así se potencia el afán de recuperación y de reinserción en el mundo laboral del cónyuge acreedor<sup>36</sup>. En los últimos años de vigencia de la ley de 1981 se puede decir que la temporalidad de la pensión constituía la regla general, al menos entre los matrimonios que no habían sido de larga duración. Paradigmática en esta línea de cambio es la STS de 10 de febrero de 2005<sup>37</sup>, que contiene interesantes pronunciamientos referidos a la situación anterior a la entrada en vigor de la ley 15/2005, es decir, cuando la temporalidad no estaba recogida expresamente en el texto codificado. La mencionada sentencia dice que la ley no prohibía la temporalidad y señala como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del art. 97 del CC, siempre que cumpla la función reequilibradora, que constituye su finalidad por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal.

Siguiendo esta senda, el reconocimiento explícito de la temporalidad de la pensión sí puede considerarse expresión de que el fin último que con ella se pretende no es mantener el *statu quo* de manera indefinida, sino, por el contrario, facilitar la autosuficiencia patrimonial del acreedor, lo cual también parece implícito en algunas de las circunstancias enumeradas en el propio

---

<sup>35</sup> Este reconocimiento explícito hubiera debido merecer, por su importancia, de un pasaje en la Exposición de Motivos del a Ley 15/2005 para Carlos LASARTE, “De la pensión a la compensación: el triunfo de la temporalidad”, en Carlos LASARTE (ed.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XIX*, Madrid, 2006, pp. 169-183.

<sup>36</sup> Una de las primeras sentencias que admite la temporalidad de la pensión compensatoria fue una de la Audiencia Provincial de Bilbao de 2 de noviembre de 1989, en la que era ponente Juan Alberto Belloch Julbé, que años después sería Ministro de Justicia.

<sup>37</sup> *RJ*, 1133.

art. 97, si bien a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos<sup>38</sup>, no se ha reflejado expresamente en el *Código* el deber del acreedor de autorresponsabilizarse para el futuro de su propio mantenimiento<sup>39</sup>. No obstante la evolución jurisprudencial más reciente, ya reclamada desde hace varios años por la doctrina, refuerza la idea de que, entre las personas que pueden entrar en el mercado de trabajo, la pensión se destina a cumplir una función de reinserción y reciclaje profesional, con lo que parece que las circunstancias mencionadas por la ley para determinar el importe de la pensión habrán de servir también para señalar su duración<sup>40</sup>. Sobre este tema volveremos posteriormente.

Mayor novedad, aunque relativa, constituye la mención a que la compensación al acreedor podrá consistir en una prestación única. Existían pronunciamientos judiciales que negaban a los tribunales la posibilidad de que el órgano judicial impusiera la sustitución de la pensión por la entrega de un capital<sup>41</sup>, aunque nada impedía que en uso de su autonomía de la voluntad los cónyuges fijasen en el correspondiente convenio regulador ese modo de pago, lo cual también podrían hacerlo *ex post* (art. 99). Con el nuevo texto legal parece claro que tanto los cónyuges en el convenio regulador como, incluso, el juez en la sentencia podrá imponer esta forma de pago de la compensación<sup>42</sup>, lo que, por supuesto cuando ello sea posible porque las circunstancias económicas del deudor lo permitan, entre otros efectos positivos, elimina la incertidumbre que el riesgo futuro proyecta sobre la deuda, la cual se hace inmune a tales riesgos<sup>43</sup>.

En otro orden de cosas, la prestación única podrá servir para evitar un problema de posible fraude de ley susceptible de producirse cuando, para evitar la pensión periódica decretada tras un divorcio, se acudía a la nulidad matrimonial, cuyo efecto es y sigue siendo, según el art. 98 del *CC*, una indemnización única en favor del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo<sup>44</sup>. Sin embargo, la nula atención que el legislador

---

<sup>38</sup> Como en Canadá y próximamente en Alemania si llega a ser aprobado el nuevo texto del § 1569 *BGB*, propuesto en el *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts*, conforme a cuyo primer punto “Nach der Scheidung obliegt es jedem Ehegatten selbst für seinen Unterhalt zu sorgen”.

<sup>39</sup> En tal sentido también, MORENO-TORRES HERRERA (n. 8), pp. 128 y 144.

<sup>40</sup> Como dice MORENO-TORRES HERRERA (n. 8), p. 155.

<sup>41</sup> Así, SAP Barcelona de 20 de marzo de 1991.

<sup>42</sup> Modificación legislativa que ya reclamé en GARCÍA RUBIO (n. 4), p. 166.

<sup>43</sup> CARRASCO PERERA (n. 12), p. 128.

<sup>44</sup> *Vid.* la problemática que se planteaba por ese posible fraude y las soluciones que proponíamos de *lege ferenda*, en GARCÍA RUBIO (n. 4), p. 178 y ss., problemas que sólo muy parcialmente puede resolver en algunos casos la norma reformada en 2005. En fechas más

concede después a esta modalidad de pago y la permanencia de preceptos que aluden simplemente a la pensión, lleva a pensar que la fórmula general seguirá siendo la pensión periódica (justo lo contrario de lo que sucede, por ejemplo, en Francia).

Por lo demás, como ya ocurría en el texto anterior, y es lógico en las pensiones pecuniarias de naturaleza periódica (una muestra más de que éste sigue siendo el planteamiento general), el art. 97 cuida de señalar que la resolución judicial que establece u homologa la pensión fije las bases para actualizarla y las garantías para hacerla efectiva. Las garantías no aparecen expresadas en la ley, aunque la más frecuente es el embargo del sueldo, o de una parte del mismo, o de los ingresos equivalentes del deudor<sup>45</sup>, acompañado de una orden del pagador cuando deba hacerse efectiva esa cantidad directamente al acreedor. Asimismo, el art. 776.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica “Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas”, establece que:

“Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el libro III de esta Ley, con las especialidades siguientes:

“Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas”.

Incluso, los arts. 226 y 227 del *Código Penal* (ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), establecen sanciones penales ante el impago reiterado de pensiones<sup>46</sup>.

recientes a mi trabajo se puede constatar que hay tribunales que solucionan el tema estimando que hay cosa juzgada respecto a la cuestión de la pensión.

<sup>45</sup> Si bien el art. 607 LEC declara inembargable el salario, sueldo, pensión o retribución equivalente que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

<sup>46</sup> Artículo 226 “1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”.

Artículo 227. “1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos,

A pesar de las abundantes voces que piden su inclusión, lo que no se garantiza hasta el presente es la inclusión de la compensación *post* separación o divorcio en el Fondo de Garantía de Pensiones previsto en la disposición adicional de la ley 15/2005<sup>47</sup> y que recientemente ha sido desarrollado reglamentariamente<sup>48</sup>, por RD 1618/2007, de 7 de diciembre<sup>49</sup>.

Sin variaciones con relación al artículo previgente la compensación posdivorcio es conmutable por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes, o la entrega de un capital en bienes o dinero, como se recoge en el art. 99 del *CC*, que comienza diciendo: “En cualquier momento podrá convenirse...”, lo que literalmente parece requerir el previo acuerdo de las partes.

Al igual que en el texto precedente, el art. 100 parte de que fijada la pensión y las bases para su actualización “sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge”, lo cual da un matiz de excepcionalidad a la modificación de la pensión inicialmente establecida, siendo, además, reseñable que muchas veces los tribunales españoles hacen una interpretación muy restrictiva de estas alteraciones, pues estiman que para apreciarlas han de tener carácter de permanencia y que, para la mayor parte de las sentencias, no es una alteración sustancial, por ejemplo, que el ex cónyuge deudor haya constituido una nueva familia y se vea obligado a subvenir también a las necesidades de ésta<sup>50</sup>, lo que puede llegar a poner a

establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

<sup>47</sup> “El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos.”

<sup>48</sup> A pesar de que la disposición transitoria décima primera de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece que: “El Gobierno, en el presente año 2007, regulará el Fondo de Garantía previsto en la disposición adicional única de la Ley 8/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, creado y dotado inicialmente en la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007”.

<sup>49</sup> *BOE* de 14 de diciembre.

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, SAP de Barcelona de 15 de marzo de 1994, que a los efectos de cambiar la atribución de la vivienda familiar a favor del ex marido que había contraído nuevo matrimonio y tenido nuevos hijos, sostiene que no, pues siendo hechos posteriores a la separación no pueden ir contra la hija del primer matrimonio, lo que parece hacer de peor

esta segunda familia en peor condición que la primera, si bien es cierto que la paulatina introducción de la temporalidad de la pensión supone, como ya se anticipó, un incentivo al intento de mejora de fortuna por parte del acreedor a través del acceso al trabajo o a una mejor capacitación profesional, lo que redundará también en la variación de circunstancias.

Por último, el art. 101 del *CC*, que ha permanecido intocado en la reforma de 2005 regula las causas de extinción de la pensión y los efectos que sobre la misma produce la muerte del deudor. Las causas de extinción expresadas son tres:

- El cese de la causa que la motivó,
- el contraer el acreedor nuevo matrimonio y
- el vivir maritalmente con otra persona.

La primera alude a la desaparición del desequilibrio, la segunda y la tercera de algún modo tratan de evitar que el acreedor sufrague en cierta medida la constitución de una nueva relación con cargo a la pensión. Para que la constitución de una pareja estable no casada suponga la extinción de la pensión la jurisprudencia se muestra bastante rigurosa, exigiendo la duración y estabilidad de la misma. A pesar de que el legislador de 2005 no lo haya contemplado expresamente<sup>51</sup> las causas de extinción aquí explicitadas habrán de añadirse ahora el transcurso del tiempo fijado en la pensión temporal, salvo que entendamos que, en ciertas circunstancias, el juez puede establecer un nuevo plazo, posibilidad que ni mucho menos es pacífica en la doctrina<sup>52</sup>.

Respecto a los efectos que la muerte del deudor produce en la pensión, el art. 101, en su párrafo segundo, vuelve a separarse de las características propias de una pensión alimenticia, al señalar que la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, el precepto añade, con cierta incorrección técnica no corregida por el legislador en la ley 15/2005, que los herederos podrán solicitar del juez la reducción o supresión de la pensión, cuando el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

condición a los hijos del segundo que a los del primero, en contra de lo establecido en el art. 39 de la CE. En otras ocasiones (*vid.* SAP de Ávila de 28 de enero de 1999) no influyen en la modificación de la pensión por desequilibrio aquellas circunstancias sobrevenidas provocadas o aceptadas voluntariamente por el cónyuge deudor, como es la de contraer nuevas nupcias, pero sí afectará al montante de la deuda el nacimiento de hijos en el seno de la nueva relación, diferencia que tampoco parece del todo justificada. En tal sentido CARRASCO PERERA (n. 12), p. 144.

<sup>51</sup> *Vid.*, en cambio, el art. 86 del *Código de Familia* de Cataluña.

<sup>52</sup> Lo niega tajantemente, CARRASCO PERERA (n. 12), p. 130.

## IV. ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

1. *La renuncia ex ante del derecho a la pensión compensatoria.  
La relación con las capitulaciones matrimoniales  
y con los convenios entre los cónyuges*

En trabajos anteriores y bajo la égida de la legislación matrimonial anterior a 2005 he tenido ocasión de estudiar la problemática que presentan en el Derecho español el alcance, validez y eficacia de los acuerdos celebrados entre cónyuges o futuros cónyuges donde se contemplen las consecuencias de una posible ruptura matrimonial por separación o divorcio o por muerte de cualquier de ellos<sup>53</sup>. Son los llamados “acuerdos prematrimoniales” muy conocidos y utilizados en otros países, sobre todo del ámbito anglosajón.

Aunque la problemática sugerida por este tipo de acuerdos en sistemas como el español merece un estudio más pausado para el que me remito a los trabajos antecitados, la tesis que mantengo es que el amplio margen otorgado por nuestro Derecho al poder de autorregulación de los esposos, en relación con la institución matrimonial, permite, entre otras cosas, la celebración de acuerdos preventivos en los que, con carácter vinculante para los cónyuges o los futuros cónyuges, se pacten las consecuencias patrimoniales de la posible ruptura matrimonial en caso de una eventual separación o un posterior divorcio. Entre tales consecuencias creo perfectamente lícita aquella cláusula que implica la recíproca renuncia onerosa o gratuita a la pensión compensatoria prevista en el art. 97 del *Código Civil*. A partir de ese principio general de admisibilidad, considero, asimismo, que el sistema permite declarar nulas estas renunciaciones, por existir sombras de ilicitud bien en el proceso negociador del acuerdo, bien en su contenido. Lo primero puede suceder porque la parte del acuerdo con mayor poder negociador (normalmente el hombre) usa tal poder en la etapa precontractual para satisfacer sus preferencias en detrimento de la otra parte (bajo nuestra concepción, normalmente la mujer). Lo segundo

---

<sup>53</sup> María Paz GARCÍA RUBIO, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, N° 4, Madrid, octubre-diciembre, 2003, pp. 1.653-1.673; María Paz GARCÍA RUBIO, “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia”, en *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Universitat de Girona, 2005. Sobre la misma temática, Joan EGEA FERNÁNDEZ, “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (COORD.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2002, tomo III, pp. 4.551-4.573. Algo posterior, Leonor AGUILAR RUIZ/César HORNERO MÉNDEZ, “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N° 57, Madrid, enero-marzo 2006, pp. 9-43.

puede darse, bien por violación de los derechos fundamentales de los cónyuges protegidos por el orden público constitucional, bien porque los acuerdos prenupciales perjudiquen a terceros (entre ellos, a los hijos) o, incluso, por un cambio sobrevenido de las circunstancias lo suficientemente importante como para modificar las bases sobre las que se sustentaba el pacto. El control judicial *ex post* del acuerdo asegura el respeto a esos límites.

Esta tesis cuenta ya con algunas, aunque hay que reconocer que todavía escasas, decisiones de la jurisprudencia llamada menor, si bien hasta ahora las decisiones mayoritaria parecen optar por negar la validez de tales acuerdos. Sin embargo, no todos los pronunciamientos se muestran radicalmente contrarios a su admisibilidad, de suerte que podemos encontrar bastantes sentencias de audiencias provinciales donde, de una u otra manera, se abre paso la recepción de pactos del tipo descrito.

Así sucede, por ejemplo, en la SAP de Granada de 14 de mayo de 2001<sup>54</sup>, en un supuesto en el que los cónyuges, antes de contraer matrimonio, pactaron en capitulaciones el régimen de separación de bienes, incluyendo, además, una cláusula conforme a la cual:

“la separación o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges”.

El magistrado ponente dice expresamente en el texto de la sentencia que la citada cláusula

“es claramente atípica atendiendo a lo que entiende por capitulaciones matrimoniales el artículo 1325 del Código Civil. Pero es *válida*, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho *disponible...* y, por tanto, es perfectamente *renunciable*”.

No obstante reconocer que el citado pacto adquirió plena eficacia con la celebración del matrimonio, vinculando desde entonces a ambos cónyuges, la sentencia estima que la circunstancias tenidas en cuenta en el momento del acuerdo son muy distintas a las existentes en el momento de la ruptura, ya que la esposa abandonó su trabajo para seguir en sus desplazamientos, por razones laborales, a su marido, circunstancia que según la sentencia:

---

<sup>54</sup> AC 2001/1599. La misma sentencia aparece fechada el 19 de mayo de 2001, con el marginal AC 2001/1500.

“ya es suficiente por sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria”.

El magistrado toma en consideración, además, la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso, atendiendo durante un tiempo al hijo de éste, el hecho de que la demandante de la pensión carece de recursos y vivienda propios, no tiene trabajo ni proyección inmediata para incorporarse al mercado laboral, aun cuando posee varios títulos que la capacitan profesionalmente, y su estado síquico no es satisfactorio. En atención a todo ello considera correcta la fijación de la pensión compensatoria ex art. 97 acordada por el juzgador de instancia. Sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre la relevancia que en este tipo de acuerdos ha de tener un cambio importante de las circunstancias desde el momento de su celebración hasta que pretende hacerse valer, entendemos que las razones aducidas por la sentencia para otorgar el beneficio económico a la esposa a pesar de la reconocida validez de su renuncia anticipada hacen dudar sobre si lo verdaderamente otorgado por el tribunal fue la pensión por desequilibrio económico del art. 97 del *Código Civil*, más bien, una compensación por extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes prevista en el art. 1438 del *Código Civil*, y destinada a paliar la injusticia generada entre ambos cónyuges cuando uno de ellos se ha dedicado al cuidado de la casa o de la empresa o industria del otro, en beneficio exclusivo de este último<sup>55</sup>. De tratarse de la citada compensación se podría plantear la posibilidad de que la sentencia referida haya incurrido en incongruencia, ya que de conformidad con el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Precisamente, por la plena validez y eficacia de la renuncia preventiva a la compensación recogida en el art. 1438 del *Código Civil*, en su momento controvertida por la doctrina<sup>56</sup>, se pronuncia expresamente la SAP de Murcia

---

<sup>55</sup> Sobre las diferencias entre la pensión por desequilibrio y la compensación a la extinción del régimen de separación, GARCÍA RUBIO, (n. 4), p. 167 y ss. Acerca de la compatibilidad entre ambos derechos económicos se pronuncia ya expresamente, para el Derecho catalán, la STSJ Cataluña de 31 de octubre de 1998; en el mismo sentido, SAP Barcelona de 20 de mayo de 2002, AC, 2002/408.

<sup>56</sup> Vid. GARCÍA RUBIO (n. 4), p. 172 y literatura allí citada. En relación con la compensación a la extinción del régimen de separación prevista en el art. 41 del *Código de Familia* de Cataluña,

de 29 de octubre de 2002<sup>57</sup>. Se trataba de un supuesto en el que la esposa, casada en régimen de separación de bienes, solicitó a raíz de su separación conyugal la pensión por desequilibrio y la compensación prevista en el art. 1438. Después de rechazar la procedencia de la pensión compensatoria por no concurrir sus presupuestos, el tribunal rechaza también la medida prevista en el último artículo citado, al estimar plenamente vinculante el pacto celebrado por ambos cónyuges días antes de la celebración del matrimonio en el que, además de pactar el régimen de separación de bienes, se especificaba lo siguiente:

“de un lado que cada una de las partes atenderán por separado las necesidades de sus respectivas familias por cuanto uno y otro son divorciados y han generado en sus precedentes nupcias un concreto núcleo familiar”.

Por otra parte, y para atender a sus propias necesidades domésticas, el marido se había comprometido a contratar a su cargo personal doméstico suficiente con el fin de evitar que su esposa tuviese que dedicarse a la atención de la casa. A juicio del tribunal tales acuerdos significan que:

“ya con anterioridad al matrimonio ambos cónyuges excluyen de acuerdo con el contenido del pacto... la posibilidad de aplicación del controvertido artículo 1438 del Código Civil, [tratándose de] una clara y explícita renuncia a la medida compensatoria prevista”

a la que se reconoce plena eficacia, sin que resulten relevantes los tres años de matrimonio transcurridos.

En la SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2002<sup>58</sup> se considera totalmente lícita la renuncia a la pensión compensatoria hecha por la esposa en capitulaciones matrimoniales otorgadas casi tres años antes de pronunciarse la separación matrimonial, renuncia que a juicio de la audiencia “por sí determina la desestimación del recurso” interpuesto por la renunciante reclamando la pensión, si bien el tribunal “a mayor abundamiento” considere si se dan las circunstancias previstas en el art. 97 del *Código Civil*, lo que, asimismo, rechaza.

Joan Egea Fernández pone de relieve las discrepancias doctrinales en relación con la su renunciabilidad previa, manifestando su opinión contraria al respecto tanto a la institución catalana como a la regulada en el art. 1438 del *Código Civil*.

<sup>57</sup> *JUR* 2003/71008.

<sup>58</sup> *JUR* 2003/92086.

Una renuncia onerosa y anticipada al eventual derecho a una pensión compensatoria que pudiera surgir entre los interesados, en caso de separación o divorcio, se admite también en la RDGRN de 10 de noviembre de 1995<sup>59</sup>. Se discutía el acceso al Registro de la Propiedad de una escritura pública de cesión de bienes que se había otorgado en ejecución de un pacto de separación amistosa. En la mencionada escritura se acordaba capitalizar una pensión pactada a favor de la esposa, que los propios cónyuges calificaban como compensatoria. En pago y finiquito de dicha pensión el marido cedía a la mujer una serie de bienes entre los que se encontraba una determinada finca. Presentada la escritura para su inscripción en el Registro, el registrador negó el acceso porque el pacto no había sido homologado judicialmente. Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del registrador, el presidente del TSJ de Cataluña confirmó la nota del registrador, opinión que, en cambio, no sostuvo la Dirección General. Esta última considera plenamente válido y eficaz el acuerdo, dando un rimero de argumentos por los que estima que la pensión compensatoria cae de lleno en el ámbito de la autonomía de la voluntad y es plenamente renunciable, incluso, anticipadamente<sup>60</sup>.

La última y más reciente de las decisiones judiciales de la jurisprudencia menor que se pronuncia por la validez de estos acuerdos preventivos es la SAP de Madrid de 27 de febrero de 2007<sup>61</sup>, en un supuesto en el que la demandada interesa tras el divorcio el reconocimiento de su derecho a

<sup>59</sup> Vid. nuestro comentario en *CCJC*, N° 41, Madrid, 1995, pp. 565-572.

<sup>60</sup> Alude, entre otras razones, a las siguientes: (1) el amplio margen que tiene la contratación entre cónyuges según el art. 1323 del *Código Civil*; (2) que se trata de un acuerdo de significación exclusivamente patrimonial y concertado entre personas capaces de gobernarse por sí mismas, de conformidad con el art. 322 del *Código Civil*; (3) que la regla general en nuestro Derecho es la renunciabilidad de todo derecho salvo que con ello se contraría el interés y el orden público o se perjudique a tercero, como señala el art. 6 del *Código Civil*; (4) que los cónyuges pueden decidir sobre las consecuencias exclusivamente patrimoniales de una declaración judicial que sólo a ellos afecta; (5) que si no puede obligarse a un cónyuge a recibir la pensión compensatoria judicialmente acordada contra su voluntad, no se ve razón para excluir esta materia de la autonomía de la voluntad; (6) que la frase “gravemente perjudicial para uno de los cónyuges” del párrafo 2 del artículo 90 del *Código Civil* mantiene pleno sentido aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pues no cabe asegurar los intereses de los hijos con grave detrimento de uno de los cónyuges. Todas estas razones han sido reiteradas en la resolución de la DGRN de 5 de febrero 2003 (*RJ*2003/2268) en un supuesto en el que se discutía si unos cónyuges, sin hijos, podían rectificar mediante escritura pública el convenio regulador de su separación aprobado judicialmente en aspectos de índole exclusivamente patrimonial. El registrador denegó la inscripción de la escritura pública de modificación que no había sido aprobada judicialmente, tesis que, sin embargo, no apoyó la Dirección General con las argumentaciones antedichas. Vid. el comentario a esta última resolución de Magdalena TORRERO MUÑOZ, *CCJC*, N° 62, Madrid, agosto-septiembre 2003).

<sup>61</sup> *JUR*, 2007\151411.

la pensión compensatoria a pesar de que había perfeccionado cuatro días antes de la celebración del matrimonio con el que luego fue su esposo unas capitulaciones matrimoniales que contenían un acuerdo por el que en caso de separación o divorcio la esposa recibiría en pleno dominio un inmueble con dos viviendas y un vehículo, si bien renunciaba ésta al derecho de uso sobre la vivienda familiar y, de modo formal e irrevocable, a cualquier otra prestación derivada del artículo 97 y del artículo 1438 del *Código Civil*. La sentencia analiza la problemática de la renuncia anticipada a la pensión efectuada por los futuros cónyuges, rebatiendo la argumentación de algunas sentencias que afirmaban la imposibilidad de renunciar de modo anticipado a la pensión, con base en la idea de que no cabe la renuncia a derechos o beneficios otorgados por las leyes, cuando éstos no han surgido ni, en consecuencia, se han integrado en el patrimonio del causante. Sin embargo, razona la resolución que se comenta que:

“...tal argumento puede cuestionarse en la medida que no se trata de una renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante una renuncia a la ley, a la que se refiere el art. 6.2 del Código Civil, al hablar de la exclusión de la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un determinado derecho, lo que implica la previa renuncia a los derechos aún no ingresados en el patrimonio de su eventual titular, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva, que han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria en nuestro caso, por otra distinta” (en el presente supuesto que se analiza ahora por la propiedad de un inmueble).

Como se ve, existen razones, opiniones y decisiones sobradas para considerar que en el Derecho español los acuerdos preventivos de las crisis matrimoniales en los que se incluye una renuncia onerosa o gratuita a la eventual pensión compensatoria que pueda surgir en caso de separación o divorcio entran de lleno en el campo de actuación de la autonomía de la voluntad y, por ello, son plenamente lícitos. Ahora bien, precisamente por ello su contenido se ve constreñido por ciertos límites que, en principio, son los genéricos límites impuestos a la autonomía de la voluntad; esto es, que su ejercicio no sea contrario “a la leyes, a la moral, ni al orden público” en los términos del art. 1255 del *Código Civil*. A mayor abundamiento y como simple especificación del precepto anterior, en sede de capitulaciones matrimoniales y en relación con su contenido el art. 1328 del *Código* establece que:

“Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

Pero es que, además, los acuerdos preventivos que venimos tratando son verdaderos contratos que, como tales, quedan sometidos a las reglas de formación propias de éstos y, muy especialmente, a aquéllas que garantizan la integridad del consentimiento. Por consiguiente, si una de las partes consigue probar que el acuerdo preventivo de renuncia a la pensión fue celebrado concurriendo error<sup>62</sup>, dolo, violencia o con falta de capacidad, el que ha sufrido el vicio o el defecto de capacidad (o en su caso su representante legal), podrá instar la anulación del convenio en los términos y con los plazos que se establecen en el art. 1300 y siguientes del *Código Civil*. Es cierto que al no existir en nuestro Derecho normas especiales dirigidas a reforzar la integridad del consentimiento en este tipo de acuerdos, los tribunales han de ser especialmente cuidadosos en el escrutinio del proceso formativo del pacto, a fin de tratar de asegurar que una de las partes no se ha prevalido de la situación de inferioridad negociadora de la otra<sup>63</sup>. Debe resaltarse que en la sociedad de nuestros días ese abuso de posición negociadora todavía puede ocurrir con cierta frecuencia concurriendo, además, un claro sesgo de género, pues no es desconocido que estadísticamente los hombres suelen tener una posición económica más holgada, lo que se traducirá, asimismo, en una posición negociadora más fuerte; las mujeres serán, usualmente, la parte más débil en el proceso negociador<sup>64</sup>.

## 2. La existencia de un cónyuge “perjudicado” por el divorcio.

*La posibilidad de exigir daños y perjuicios como consecuencia del divorcio al margen de la pensión compensatoria, por parte de quien afirme haberlos sufrido*

La pensión compensatoria no se concibió en 1981 como una consecuencia indemnizatoria del incumplimiento de los deberes conyugales. Tampoco como una indemnización fundada en el daño objetivo causado al otro por el

---

<sup>62</sup> Parece que la citada anulación del pacto de renuncia a la pensión era una de las pretensiones de la esposa, cuando aludió a las dificultades idiomáticas, en el caso resuelto por la ya citada SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2002.

<sup>63</sup> En Alemania se consideran contrarios al orden público los acuerdos relativos a los derechos alimenticios cuando en su proceso de celebración una de las partes se prevale, en su propio beneficio, de la situación de inferioridad síquica de la otra. SCHWAB (n. 6), p. 182.

<sup>64</sup> En un sentido similar al del texto, indicando la posibilidad de que los tribunales puedan acudir a la doctrina del abuso del derecho en esta fase negociadora de los acuerdos se pronuncia EGEA FERNÁNDEZ (n. 53).

divorcio a causa del incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro impuesto en el art. 1902 del *CC*. Ambos fundamentos son descartados de modo insistente por la literatura jurídica y por los tribunales. Por tanto, no se trata de un remedio indemnizatorio de naturaleza contractual o extracontractual que trate de “sancionar” al causante culpable de la ruptura para compensar a la víctima de la misma.

No cabe duda, sin embargo, que en ocasiones la quiebra del matrimonio tiene como causa antecedente (o como una de ellas) la conducta que podemos llamar “inmoral” de uno de los cónyuges, al menos si usamos el término según los estándares habituales de lo que es o no aceptable en el seno de los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la esposa que tras varias décadas de matrimonio ha estado trabajando durante muchos años incrementado la economía familiar con unos ingresos superiores a los de su esposo, además de ayudar a éste en su promoción profesional e, incluso, de contribuir en mayor medida que él a la atención de los hijos, y se ve obligada a aceptar impotente y desesperada una decisión unilateral del marido de divorciarse porque se desea casar con otra mujer mucho más joven que él y tal vez, incluso en el caso extremo, pretenda exigirle una pensión por desequilibrio. ¿Puede o no esta mujer resultar a su vez acreedora de algún tipo de prestación con base en el daño sufrido por el abandono del esposo o eliminar *ex ante* cualquier posibilidad de que sea su marido el acreedor de la pensión?

Así parece ocurrir en el caso chileno, cuyo art. 62 de la LMC reconoce en su último párrafo la posibilidad (“el juez podrá”) de denegar o, en su caso, disminuir la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que “dio lugar a la causal”, es decir, a quien le es imputable el divorcio en el caso de divorcio culpable. Tal vez la norma chilena haya encontrado alguna inspiración en la reforma prácticamente coetánea del *Código Civil* francés en materia de divorcio, operada por ley de 26 de mayo de 2004<sup>65</sup>. En efecto, al tenor del nuevo art. 270 del *CC* francés, después de señalar que el divorcio pone fin al deber de socorro mutuo y que uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, el desequilibrio que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida respectivas, añade en su tercer párrafo que el juez podrá no acordar semejante prestación si la equidad lo exige, ya sea en consideración los criterios previstos en el art. 271 (necesidades y recursos) “o cuando se haya declarado el divorcio por culpa exclusiva del esposo que reclama el beneficio de la prestación, a la vista de las circunstancias particulares de la

<sup>65</sup> La ley chilena N° 19.947, publicada en el *Diario Oficial* de 17 de mayo de 2004.

ruptura”. Más allá de que se trate de casualidad o inspiración, la semejanza de este precepto con el art. 62.3 del la ley chilena parece poco discutible<sup>66</sup>.

Sin embargo, una solución de este tipo que nos coloca de nuevo ante el tema de la culpa como elemento esencial para otorgar o no la compensación parece difícil de admitir en un sistema de divorcio como el español, desprovisto de cualquier consideración causal y que, en principio, considera irrelevante el comportamiento de los esposos a efectos de la disolución del matrimonio, lo que incluye la posibilidad, al menos en el plazo teórico, de que el cónyuge por cuya exclusiva voluntad se haya decretado el divorcio o cuya conducta haya hecho imposible la continuación de la relación conyugal pueda ser también quien solicita la pensión compensatoria, siempre que se den las condiciones objetivas para ello. De hecho, la literatura jurídica española ha rechazado con carácter general, ya con el sistema de 1981, que la culpa del divorcio fuera uno de los elementos a tener en cuenta para concretar el desequilibrio o, incluso, una de esas otras circunstancias que, con carácter abierto, dejaba el art. 97 del *CC* a la consideración del tribunal.

El cierto rechazo moral que ocasiona la posibilidad de quien ha infringido los deberes dimanantes del matrimonio resulte indemne tras tal incumplimiento o que, incluso, pueda llegar a resultar beneficiado con una prestación a cargo del otro ha llevado a algunos autores en fechas recientes y ya con el nuevo sistema a preguntarse, si en casos de divorcio impuesto unilateralmente por uno de los esposos que provoca daños (patrimoniales o no) al otro cónyuge éste puede o no exigir la indemnización de esos daños<sup>67</sup>. La vía que atisban estos autores no parte en absoluto de la pensión compensatoria del art. 97 en la medida en que parece que con ello se pretende introducir por la ventana un sistema culpabilístico que el legislador quiso sacar por la puerta. Por lo tanto, más bien tratan de buscar su fundamento en normas relativas al Derecho de Daños. Así, por ejemplo, se establece una cierta similitud entre el caso descrito y las consecuencias que el art. 42 del *CC* anuda a la ruptura de la promesa de contraer matrimonio, que no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración, pero que sí señala en el art. 43 que:

“el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la

<sup>66</sup> Al tenor de este párrafo: “Si se decretase el divorcio en virtud del art. 54 (divorcio causal basado en la conducta inmoral de uno de los cónyuges”, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”.

<sup>67</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO (n. 14), p. 16 y ss. y doctrina allí citada.

obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”.

El Tribunal Supremo ha negado que entre esos daños puedan ser incluidos los llamados daños morales, pero sí daños patrimoniales en consideración al matrimonio prometido<sup>68</sup>, lo que lleva a algún autor a estimar una especie de aplicación analógica de la norma reproducida para el caso de ruptura unilateral que haría indemnizables determinados gastos hechos en función de la confianza generada por el matrimonio existente hasta ese momento y que el divorcio torna en estériles. Esto supone, en la línea de la STS de 16 de diciembre de 1996, la negación de cualquier indemnización del daño moral<sup>69</sup>, incluso, aunque se den los presupuestos de culpabilidad requeridos por el art. 1902 del *CC*, en la consideración de que si se admitiera la indemnización de este tipo de daños se estaría penalizando la decisión de tomar la iniciativa de la ruptura<sup>70</sup>. Existen, no obstante, resoluciones judiciales que adoptan la posición contraria<sup>71</sup>. En realidad, como dice Andrés Domínguez Luelmo, en este punto se trata de ponderar el peso de los principios de libre desarrollo de la personalidad del que la ley 15/2005 deriva la posibilidad de romper el vínculo matrimonial de modo unilateral y sin necesidad de alegar causa alguna, por un lado y, por otro, el principio de la confianza generada en el otro cónyuge con perspectivas de estabilidad y solidaridad *pro* futuro. Este autor descarta que de esa ponderación pueda derivarse la entrada en escena

---

<sup>68</sup> Precisamente la STS de 16 de diciembre de 1996, que yo misma comenté en *CCJC*, N° 43, Madrid, 1997, p. 401 y ss., en un caso de ruptura de unión de hecho con previa promesa de matrimonio, afirma que la indemnización que dicho precepto concede tiene su fundamento en el empobrecimiento injusto y se refiere exclusivamente a daños de índole patrimonial.

<sup>69</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO (n. 14), p. 16 y ss.

<sup>70</sup> La cuestión ha llegado también al Tribunal Constitucional que, en respuesta a una demanda de amparo del ex marido, cuya esposa le había ocultado dolosamente la verdadera paternidad de los hijos, y a quien los tribunales ordinarios le habían denegado el resarcimiento de los daños morales y patrimoniales derivados del impacto psicológico que le causó saber que los hijos no eran suyos y por el mantenimiento de quienes, a la postre, no eran sus hijos. El Tribunal Constitucional, en auto de 4 de junio de 2001 (RTC 2001\140), acordó la inadmisión del recurso por estimar que se trataba de un problema de legalidad ordinaria que había recibido respuesta por parte de los tribunales ordinarios, congruente, motivada y fundada en derecho, por lo que no cabía considerar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

<sup>71</sup> Entre las últimas, en el ámbito de la jurisprudencia menor, la SAP de 5 de septiembre de 2007, *AC*, vol. 3, 2008, pp. 343-348, que aprecia la causación de daño moral al marido que descubre que el hijo nacido durante el matrimonio no es suyo, y aprecia negligencia (¿?) de la esposa en la procreación del hijo, y dolo al ocultar a su entonces marido su no paternidad y sobre todo, que conociendo que no era hijo suyo, fuese inscrito como tal en el Registro.

del art. 1902 del *CC*, que obliga a indemnizar los daños causados a otro de forma culpable o negligente, pues estima que la ruptura unilateral nunca puede ser tildada de ilícita. Según mi criterio ocurre, empero, que el Derecho español de la responsabilidad civil utiliza un sistema de “cláusula general” en el que la antijuridicidad o ilicitud del daño parece confundirse con el carácter culpable de la conducta, con lo que el argumento señalado no me parece definitivo. Debe destacarse, sobremanera, que en ningún momento se dice que quede excluida la aplicación del precepto relativo a la responsabilidad civil cuando entre el causante y la víctima del daño medien relaciones de índole familiar<sup>72</sup>.

En mi opinión, si se desea ir por esta vía para estimar si se excluye o no la acción de responsabilidad *ex* art. 1902, tendríamos que concretar mucho más el concepto de daño al que nos estamos refiriendo, que en nuestro ordenamiento jurídico no exige lesión a un derecho absoluto, al objeto de ver después si es o no resarcible, para enseguida calibrar qué se entiende o no a estos efectos por conducta culpable o negligente. Así, por ejemplo, se ha hecho alusión más arriba al nuevo deber conyugal introducido por la ley 15/2005, según el cual los cónyuges deberán compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. Pues bien, según alguna opinión que estimo bastante atinada, si más allá de las repercusiones patrimoniales del incumplimiento de esta obligación a través de la pensión compensatoria o de la compensación debida a la extinción del régimen de separación ya citada prevista en el art. 1438 del *CC*, la dejación de las tareas domésticas por parte de uno de los cónyuges provoca en el otro daños morales o de otra índole, como daños a la salud, cabría la aplicación del art. 1902 del *CC*<sup>73</sup>. Al fin y al cabo esa posibilidad indemnizatoria a favor del cónyuge que se ha visto sorprendido por el divorcio o que ha acudido a él por causas imputables en exclusiva al otro (aunque no pueda hacerlas valer como tales causas a efectos de solicitar el divorcio en el sistema español) no es ajena a tradiciones jurídicas muy próximas a la nuestra como la italiana o la francesa. En efecto, según el nuevo art. 266 del Código civil francés surgido de la ya citada ley N° 2004-439, de 26 de mayo de 2004, pero con precedentes en el sistema anterior y abundante jurisprudencia, sin perjuicio de las prestaciones

---

<sup>72</sup> Josep FERRER RIBA, “Relaciones familiares y límites de derecho de daños, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°4, Barcelona, 2001, p. 4 y ss; Teresa MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en José Ramón DE VERDA BAAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de familia*, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 147-177, especialmente p. 148.

<sup>73</sup> MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO (n. 72), p. 157.

compensatorias a que hubiera lugar, “puede acordarse una indemnización de daños y perjuicios a favor de uno de los cónyuges en reparación de las consecuencias particularmente graves sufridas por el hecho de la disolución del matrimonio...”, disposición que la doctrina considera una aplicación explícita del art. 1382 del *Code* (equivalente a la cláusula general de responsabilidad del art. 1902 español)<sup>74</sup>.

En fin, si estamos adoptando una perspectiva exclusivamente resarcitoria del daño sufrido por el cónyuge dañado por acciones u omisiones imputables al otro no veo razones sensatas para negar la indemnización de todo tipo de daños. Una cosa es que la culpa resulte irrelevante como causa de divorcio y otra bien distinta que una actuación culpable de uno de los cónyuges que desemboca en un divorcio que causa al otro un daño patrimonial o moral, no implique el derecho de este último a obtener la pertinente indemnización. Ahora bien, si lo que estamos buscando es una vía para sancionar al culpable (incluso al doloso) del divorcio que, además, causa graves quebrantos patrimoniales o morales al otro, no parece los más adecuado ir por la vía de la responsabilidad civil que, en el caso español, como en el chileno<sup>75</sup>, no cumple ninguna función punitiva o sancionadora, sino, simplemente, resarcitoria de los daños sufridos.

Todo ello me lleva a reflexionar sobre el mismo tema desde otra perspectiva que, aun contra la corriente mayoritaria en nuestra doctrina nos vuelve a llevar a calibrar si la compensación prevista en el art. 97 del *CC* puede conducir o no a “sancionar” al cónyuge culpable de la separación obligando a pagar al otro una determinada cantidad de dinero.

La reflexión la planteo trayendo a colación un supuesto reciente suscitado en el Derecho canadiense: me refiero al caso *Leskun v. Leskun* de 2006<sup>76</sup> en el que la Corte Suprema de Canadá se vio obligada a interpretar las normas sobre la pensión compensatoria (*spousal support*) de la *Divorce Act*<sup>77</sup>. Es interesante considerar, con carácter previo, que Canadá introdujo en 1968 un sistema de divorcio sin culpa y reemplazó el anterior régimen de compensación en el que la esposa inocente resultaba acreedora de una pensión vitalicia o hasta el momento de contraer nuevo matrimonio, por una prestación basada en la necesidad del acreedor/a y que no estaba en absoluto ligado a la culpa. De

<sup>74</sup> Hugues FULCHIRON, “The new French Divorce Law”, in *The International Survey of Family Law*, 2005 edition, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2005, pp. 241-251.

<sup>75</sup> Al menos en opinión del a doctrina mayoritaria.

<sup>76</sup> <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2006/2006scc25/2006scc25.html>. Visitada el 30 de noviembre de 2008.

<sup>77</sup> Martha BAILEY, “Matrimonio y moral”, *The International Survey of Family Law* 2007 edition, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2007, pp. 53-66, en especial pp. 61-63.

este modo, la culpa desapareció de los tribunales canadienses como factor relevante de la pensión hasta su reaparición ahora, casi cuarenta años después en la sentencia antes mencionada.

Pues bien, la vigente *Divorce Act*, establece que el tribunal para decretar la pensión debe considerar las condiciones, medios, necesidades y otras circunstancias de cada esposo y explícitamente señala que: “el tribunal no tomará en consideración ninguna conducta inadecuada de un esposo en relación al matrimonio”. Esto significa que un cónyuge que, por ejemplo, ha cometido adulterio o ha maltratado al otro, no tiene por qué ver reducido o eliminado su derecho a pensión por estas razones, pues lo único que el tribunal debe considerar son las condiciones, los medios, las necesidades y otras circunstancias de los esposos. Ahora bien, como dice Martha Bailey, si las condiciones o necesidades de un cónyuge han sido causadas por la mala conducta del otro, esto no convierte en irrelevantes estas condiciones o necesidades. Por ejemplo, según la autora citada, existen varias razones por las que un cónyuge puede encontrarse imposibilitado para trabajar después de un divorcio: la edad, la falta de formación, la imposibilidad física; pero tal vez la incapacidad para trabajar puede haber sido causada por la mala conducta del otro esposo en cuyo caso no parece que la norma quiera significar que se pueda ignorar que el esposo o esposa en cuestión es incapaz de trabajar (por ejemplo, añadido, porque sufre una fuerte depresión a causa del abandono de su marido y posterior divorcio). En este tipo de casos la pensión se establecería por la imposibilidad de trabajar, no porque la conducta “inmoral” del otro cónyuge haya sido la causa de la imposibilidad.

En el caso *Leskun v Leskun* la esposa había contribuido al sostenimiento del hogar familiar, a la formación continua de su marido, así como a la crianza de su hijo durante los veinte años largos de matrimonio. Después de que ella hubiera sufrido una enfermedad y perdido su trabajo el marido la abandonó para casarse con otra mujer con la que llevaba largo tiempo de relación extramarital. A la esposa, que quedó gravemente afectada por la traición de su marido, se le concedió una pensión a cargo de su marido hasta que retornara a la situación de pleno empleo, momento en el que se revisaría tanto el derecho como el montante de la pensión. El marido solicitó la extinción de la pensión después de cuatro años de decretado el divorcio, sobre la base de su propio desempleo y dificultades económicas, pero su demanda fue rechazada en primera instancia fundándose en que la esposa no era autosuficiente y, por lo tanto, mantenía su derecho. La corte de apelación consideró que la obligación de llegar a ser autosuficiente no se preveía en la *Divorce Act* como un resultado independiente, al menos en parte, de la situación emocional de la esposa causada por la conducta de su marido. No obstante, un juez del

tribunal de apelación pareció acoger la tesis del marido, conforme a la cual la decisión del tribunal inferior de que continuase pagando la pensión suponía en realidad una penalización por su mala conducta matrimonial y que esto era inadmisibles según la *Divorce Act*, hasta el punto de afirmar que la mujer estaba obsesionada por la conducta de su marido y que ese pleito era en realidad el objeto de su vida. Por su parte, la Corte Suprema confirmó que la culpa no debe ser tomada en consideración para el establecimiento de la pensión y que cualquier razonamiento en este sentido por parte del tribunal inferior era erróneo. La mujer era incapaz de obtener un empleo por su edad (cincuenta y siete), su limitada experiencia laboral, sus problemas de salud y sus dificultades familiares. La pensión se decretaba por la necesidad de la *ex* esposa y no por la conducta inmoral del marido. Además, el alto tribunal rechazó el argumento del marido según el cual la mujer había incumplido su deber de buscar su propia autosuficiencia patrimonial<sup>78</sup>.

Obsérvese que, trasladado el razonamiento al caso español, no se trataría, como algunos parecen aún desear<sup>79</sup>, de introducir la conducta “inmoral” o culpable de uno de los cónyuges como causa de establecimiento de la pensión ni, en su caso, como causa de pérdida del derecho a obtenerla (como sí se hace, por ejemplo, según lo expuesto anteriormente, en el Derecho chileno o en el francés). Más bien se trataría de determinar si esa mala conducta o si se prefiere, el incumplimiento de los deberes conyugales, pueden llegar a ser causa determinante del desequilibrio patrimonial que justifica la existencia de la pensión o causa de que se produzcan o se magnifiquen las circunstancias que el juez ha de tener en cuenta para establecer el montante de la pensión y también, con probabilidad, su duración. La diferencia, aunque parezca sutil, es de enorme trascendencia y de recibir una respuesta positiva podría determinar el nacimiento de la compensación a cargo de quien con su conducta estuvo en el origen del divorcio.

### *3. Sobre existencia o no de una obligación del divorciado de procurar su propia subsistencia pro futuro*

Para abordar esta cuestión es preciso tener en cuenta el cambio sociológico operado en España en la realidad sobre la que actuaba la pensión en la versión del art. 97 del *CC* introducida en 1981 y la que se produce en 2005. En el primer caso, parece indudable que la situación mayoritaria a la que resultaba aplicable el mencionado precepto era la de una separación o divorcio que posiblemente dejaba en situación precaria a uno de los miembros de

<sup>78</sup> *Vid. infra.*

<sup>79</sup> Es la opinión, por ejemplo de LASARTE (n. 31), pp. 154-155.

la pareja, en concreto a la esposa. Una buena parte de las mujeres casadas de este momento histórico dependía económicamente de su marido y no tenía medios propios de subsistencia, puesto que durante el matrimonio se había dedicado exclusivamente a las tareas domésticas. Es cierto que el régimen legal de gananciales, existente como régimen legal supletorio en la mayor parte, aunque no en la totalidad del Estado español, podría paliar la situación cuando había un patrimonio relativamente importante que dividir, pero en la mayoría de los casos dicho patrimonio o no existía o se limitaba precisamente al hogar familiar. Incluso en muchos supuestos se trataba de mujeres que habían estado mucho tiempo casadas y que tanto por su edad como por su escasa formación ya no podían acceder al mercado laboral. Lo cierto es que en apenas veinticinco años, la realidad social de nuestro país ha cambiado radicalmente en lo que atañe a los valores referentes al matrimonio y la familia. Si bien sigue habiendo parejas del tipo descrito, hoy aparecen nuevas formas de familia desligadas del vínculo matrimonial, la tasa de divorcios es enormemente alta; en muchos casos se produce tras una duración relativamente corta de la relación conyugal, los miembros de la pareja lo saben cuando contraen matrimonio y, desde luego, la mayor parte de las mujeres o, bien, están plenamente insertadas en un mercado laboral que no suelen abandonar cuando se casan o, bien, si lo hacen, su perspectiva más o menos clara es reincorporarse al mismo después de la crianza de los hijos. Con esta situación no parece coherente concebir la pensión como un derecho vitalicio que asegure al acreedor una “renta de posición” de por vida, caracterizada por la extraordinaria rigidez con la que fue tratada en la jurisprudencia de los primeros años de vigencia de la ley de 1981<sup>80</sup>.

Es, pues, lógico que el legislador de 2005 atendiendo a la nueva realidad social haya intentado introducir medidas destinadas a flexibilizar la compensación *post* divorcio a fin de tomar en consideración la diversidad de circunstancias posibles. A ello obedece sin lugar a dudas, como más arriba se ha dicho, el reconocimiento expreso de que la pensión sea temporal, por tiempo indefinido o en un pago único.

Sin embargo en el *CC* español no se ha llegado a hacer explícito que cada esposo tenga, después del divorcio, la obligación o el deber de procurar su propio mantenimiento, como hace, por ejemplo, la legislación canadiense.

---

<sup>80</sup> Lo que ya denuncié en 1995, GARCÍA RUBIO (n. 4), pp. 164-166, donde también señalaba la necesidad de tomar en consideración las situaciones concretas del caso que podrían conducir a prestaciones que iban desde una pensión vitalicia, hasta una temporal, un pago único o nada en absoluto cuando ambos cónyuges mostrasen capacidad suficiente para autosatisfacer sus propias necesidades de manera autónoma y libre.

La *Divorce Act*, ya mencionada en el apartado anterior, hace explícito que uno de los fines de la pensión *post* divorcio es que el acreedor de la pensión haga lo posible por procurar su futura autosuficiencia patrimonial<sup>81</sup>. Lo configura, no obstante, como un deber relativo (“in so far as practicable”), lo que supone un reconocimiento de que en algunos casos esa procura no es realmente posible<sup>82</sup>.

Como ya apunté, también parece que va a ser el caso alemán que se halla en proceso de introducir en el par. 1569 del *BGB* el principio de obligatoriedad del automantenimiento de los excónyuges, configurándolo como una verdadera obligación de cada esposo de atender a su propio mantenimiento después del divorcio<sup>83</sup>, aunque no faltan las voces críticas que dudan de la efectividad de la introducción de una obligación de este tipo mientras no se solucionen los problemas de las mujeres para entrar y, sobre todo, para reintegrarse una vez que han tenido hijos, al mercado laboral<sup>84</sup>.

Como he señalado, una previsión de este tipo no se ha introducido en la reforma de la pensión compensatoria operada en 2007, a pesar de lo cual no puede decirse que España se aparte de la tónica general de los tribunales europeos que siguen más o menos explícitamente este principio<sup>85</sup>. Así sucede, al menos, en aquellos países en los que no se sigue un sistema de divorcio basado en la culpa (lo que sí ocurre en otros como Bélgica, Polonia o Portugal; también parcialmente en Francia<sup>86</sup>). La evolución seguida en España a este respecto ha consistido, como ya se ha dicho más arriba, en el progresivo abandono de la idea de pensión compensatoria vitalicia que

---

<sup>81</sup> La *Divorce Act* de Canadá de 1985 ya citada establece que uno de los objetivos de la pensión *post* divorcio es en la medida en que ello sea posible, promover la autosuficiencia patrimonial de cada esposo en un período de tiempo razonable”.

<sup>82</sup> En la propia sentencia *Leskun v. Leskun* puede leerse “Failure to achieve self-sufficiency is not breach of “a duty”. It is simply one factor amongs others to be taken into account when considering a spousal support order”.

<sup>83</sup> “Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts”, que según ya he anticipado, entre otros, modifica el parágrafo 1569 que, según el proyecto, comenzará con la siguientes frase “Nach der Scheidung obliegt es jedem Ehegatten selbst für seinen Unterhalt zu sorgen...”. Un breve comentario al proyecto puede verse en, Kathrin KROLL, “The reform of German Maintenance Law”, *The International Survey of Family Law*, 2007 edition, Bristol, Jordan Publishing Limitec, 2007, pp. 85-99.

<sup>84</sup> En el tal sentido KROLL (n. 83), p. 63.

<sup>85</sup> En tal sentido, Alexander LÜDERITZ/ Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, München, Beck, 2007, p. 6.

<sup>86</sup> Incluso, después de la reforma operada por ley N° 2004439, de 26 de mayo de 2004, en el que se conservan como situaciones distinguibles el divorcio por mutuo acuerdo, el divorcio consentido a instancia de uno o de ambos cónyuges y el divorcio por culpa (este último en el art. 242 C), basado en la infracción grave o reiterada de los deberes conyugales.

garantizaba una renta de posición (normalmente baja) al acreedor (normalmente acreedora) y su progresiva transformación en pensiones temporales destinadas a servir al fin de autosuficiencia patrimonial antes descrito. El proceso, que ha sido paulatino, llegó a su fin con la ya citada STS de 10 de febrero de 2005<sup>87</sup> y tuvo su consagración legislativa pocos meses más tarde en la ley 15/2005.

Aun cuando la temporalidad parece ser la tónica general, cuando menos en los casos de divorcios entre personas más o menos jóvenes, con matrimonios de corta duración y posibilidades laborales, su admisión expresa plantea algunas dudas en la doctrina, como la posibilidad de que ahora los tribunales puedan decretar la temporalidad de una pensión que hace unos años y en bajo el régimen jurídico anterior fue decretada como de duración indefinida. La inexistencia de un régimen transitorio en la ley 15/2005 dificulta la solución del problema<sup>88</sup>.

También queda sin resolver en el texto legal la cuestión de qué sucederá si, transcurrido el plazo temporal acordado por las partes o establecido por el juez, el acreedor de la pensión no ha logrado superar el desequilibrio que fundamenta la pensión, sobre todo en el caso de que ese “fracaso” no le sea imputable, puesto que si ha actuado de modo negligente en la búsqueda de sus propios medios de vida lo lógico es pensar en la ineludible extinción de la pensión. Buena parte de la doctrina entiende que, en todo caso, la pensión temporal es una prestación con vencimiento fijo, sobre todo amparándose en los antecedentes legislativos de la norma, puesto que en el proceso de elaboración de la ley 15/2005 se rechazó una enmienda (la N° 34 al proyecto de ley) que proponía que se adicionase al primer párrafo del art. 97, tras la expresión “pensión temporal”, lo siguiente “que podrá ser revisada en el supuesto de que las condiciones en que se otorgó varíen”<sup>89</sup>. A mi juicio, el argumento no resulta definitivo y creo que la negación *tout court* de la posibilidad de revisar el plazo inicialmente establecido puede conducir a resultados injustos y a fin

<sup>87</sup> La sentencia, de la que fue ponente Jesús Corbal Fernández, resolvió un recurso de casación en el que había interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria en las Audiencias sobre el carácter temporal o no de la pensión, aceptando finalmente la posibilidad de dicha limitación temporal. Su doctrina es reiterada en la posterior de 28 de abril de 2005 (RJ 4209).

<sup>88</sup> Como señala MORENO-TORRES HERRERA (n. 8), p. 189, quien en principio niega la posibilidad de transformación señalada en el texto, argumentando tanto razones sustantivas como procesales (art. 775 LEC), aunque ella misma encuentra una salida en la aplicación (¿análogica?) del art. 152.3 del CC, conforme a la cual cesa la obligación de alimentos: “Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria...”.

<sup>89</sup> Es la tesis de Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, “La compensación económica del art. 97 CC en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en *Aranzadi Civil*, N° 3, Navarra, 2005, pp. 2347-2367.

de cuentas a hacer recaer sobre el conjunto de la colectividad a través de prestaciones públicas las necesidades vitales que venía sufragando la pensión, todo ello por circunstancias totalmente ajenas al acreedor (que continúa siendo mayoritariamente acreedora). En fin, a ello cabe añadir que, aunque no sea la práctica habitual de nuestros tribunales, no creo que la expresión “pensión temporal” exija la expresión de un plazo en años, meses o días y que el *dies ad quem* de una pensión fijada como temporal puede ser más flexible, como sucede en la ya citada *Divorce Act* de Canadá, donde el plazo se puede extinguir cuando el acreedor “retorne a la situación de pleno empleo”. En lo que sí estoy totalmente de acuerdo es en que una pensión temporal extinguida no puede volver a renacer.

Como antes indiqué, más allá de que la existencia de pensiones temporales sean interpretadas como destinadas a incentivar la autosuficiencia del acreedor/a, se pueden, incluso, detectar decisiones jurisprudenciales que lleguen a hablar directa y explícitamente, al modo canadiense o previsiblemente alemán, del deber del acreedor de la pensión de lograr su autosuficiencia antes mencionado. Así, por ejemplo, se ha expresado ya la jurisprudencia desde hace años, como en la SAP Madrid de 22 de octubre de 1999<sup>90</sup>, donde se afirma que existe este deber de autosuficiencia en el plano económico que se basa en el art. 35 de la CE<sup>91</sup>.

#### *4. La aplicación de la pensión compensatoria a las parejas de hecho*

La caótica situación legislativa en la que se encuentran las llamadas parejas de hecho, uniones de hecho o situaciones de convivencia *more uxorio* en el Derecho español, donde no existe una ley general civil que se refiera al tema, pero sí una multiplicidad de normas dispersas que en unas ocasiones acercan la figura al matrimonio y en otras la distancian de él, al mismo tiempo que se cuentan más de una docena de leyes autonómicas de parejas, de contenido y alcance muy distinto, hace que en cualquier tema que relacione pareja y matrimonio en Derecho español resulte difícil, cuando no imposible, triunfar en el intento de poner orden y sistema<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> AC 1999\7631

<sup>91</sup> De conformidad con el cual todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda darse discriminación por razón de sexo.

<sup>92</sup> La problemática de las parejas de hecho ha sido objeto de preocupación en varios de mis trabajos anteriores, entre los que destaco, por su relación con el tema que nos ocupa, María Paz GARCÍA RUBIO, “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, en Teodora Felipa

Trataré de abordar a continuación la posible existencia entre los miembros de una pareja estable de prestaciones económicas *post* ruptura y, más en concreto, la posible aplicación analógica del art. 97 a estas parejas, al menos en aquellas ocasiones en las que las normas de Derecho interregional privado nos conduzcan a un ordenamiento jurídico que no da solución expresa al problema, puesto que en algunos casos la ley autonómica aplicable resolverá, la mayor parte de las veces en positivo, sobre la existencia o no de una compensación o pensión alimenticia tras la ruptura de la pareja<sup>93</sup>. Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que los contenidos y reflexiones que se refieren a continuación se corresponde con situaciones en las que, por ser el estatal el Derecho aplicable y no contar éste con normativa sustantiva sobre los efectos de la ruptura de la pareja de hecho, la respuesta ha venido por vía jurisprudencial.

Las sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia son muy numerosas y algunas de ellas muy conocidas. La mayor parte, por no decir todas, tratan de solventar problemas surgidos a raíz de la extinción de la pareja de hecho, bien porque se rompa la relación, bien por muerte de uno de ellos. Los argumentos traídos a colación por el alto tribunal a la hora de reconocer o negar derechos patrimoniales a los convivientes son bastante variados<sup>94</sup>.

TORRES GARCÍA (coord.), *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 35-63 y María Paz GARCÍA RUBIO, “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 10, Madrid, 2006, pp. 113-137. En este último trabajo (pp. 118-119) se contiene un cuadro a modo de síntesis sobre la situación legal de las parejas en las CCAA que tienen legislación al respecto, al que hay que añadir el caso de Galicia, que con posterioridad a la elaboración del citado trabajo introdujo en su Ley de Derecho Civil de 14 de julio de 2006 una Disposición Adicional Tercera que equiparaba “a los efectos de aplicación de esta ley” matrimonio y relación marital mantenida con intención o vocación de permanencia, entiendo por tal la formada por dos personas que convivieran al menos un año o, aun sin el transcurso del año, tuvieran hijos en común siempre que acreditaran la convivencia. Los problemas que ocasionó la previsión legal obligó a su modificación por ley de 28 de junio de 2007 por la que sólo se reconoce la condición de parejas de hecho a las que se inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus afectos a los del matrimonio; he realizado una crítica bastante acerba a ambas disposiciones en “Las parejas de hecho en el Derecho civil gallego o como la corrección política da palos de ciego”, en *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 16, N° 1, Santiago de Compostela, 2007, pp. 187-208. No obstante, a los efectos que nos ocupan ambas previsiones son irrelevantes, puesto que la Ley de Derecho Civil de Galicia no contiene referencias a las pensiones compensatorias o alimenticias tras la ruptura del matrimonio.

<sup>93</sup> Cfr. el cuadro sintético mencionado en la nota anterior.

<sup>94</sup> Con análisis de los distintos fundamentos, contando también con los puramente doctrinales, puede verse en Carolina MESA MARRERO, *Las uniones de hecho. Análisis de las*

Van desde el recurso a la analogía, para sustentar el derecho a pensión compensatoria de uno de los miembros de la unión (casos, entre otros, de las SSTS 27 de marzo<sup>95</sup>, 5 julio 2001<sup>96</sup>, o 16 de julio de 2002<sup>97</sup>), el recurso al contrato de sociedad (SSTS 18 de mayo de 1992<sup>98</sup>, 18 de febrero de 1993<sup>99</sup>, o 18 de marzo de 1995<sup>100</sup>), la aplicación del principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa al considerar que se daban los presupuestos exigidos por esta acción (SSTS de 11 de diciembre de 1992<sup>101</sup>, 24 de noviembre de 1994<sup>102</sup> o, más recientemente, 17 de junio de 2003<sup>103</sup>, en un supuesto especialmente interesante por la duración de la unión y las circunstancias de apariencia matrimonial en que se desarrolló ésta<sup>104</sup>), o la argumentación con base en un supuesto principio general de protección al conviviente (débil) perjudicado por la ruptura que derivaría de normas cons-

*relaciones económicas y sus efectos*, 3ª ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 2002 y ss. Con estudio de la jurisprudencia hasta la fecha del trabajo, también, María Dolores CERVILLA GARZÓN, “El derecho a percibir una pensión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N° 44, Madrid, octubre-diciembre, 2002, pp. 127-163.

<sup>95</sup> *RJ*, 2001\4770.

<sup>96</sup> *RJ*, 2001\4993.

<sup>97</sup> *RJ*, 2002\6246.

<sup>98</sup> *RJ*, 1992\4907.

<sup>99</sup> *RJ*, 1993\1246.

<sup>100</sup> *RJ*, 1995\1962.

<sup>101</sup> *RJ*, 1992\9733.

<sup>102</sup> *RJ*, 1994\8946.

<sup>103</sup> *RJ*, 2003\4605. Se trataba de una convivencia prolongada durante cincuenta y tres años (desde 1940 hasta 1993) y que termina con el fallecimiento del varón, quien no había otorgado testamento. Declarada heredera intestada la hermana del fallecido, la conviviente reclama una indemnización consistente en la totalidad del haber hereditario por los años de convivencia y subsidiariamente una pensión compensatoria por aplicación analógica del art. 97 del *Código Civil*. El alto tribunal reconoce una indemnización en favor de la conviviente que se fija, con algunos matices, en la cuarta parte de los bienes del fallecido, si bien se cuida de señalar que no se establece con base en ningún derecho sucesorio, sino en aplicación del principio de enriquecimiento sin causa.

<sup>104</sup> En el momento de iniciarse la unión en 1940 los convivientes no podían contraer matrimonio so pena de incurrir en delito de bigamia, pues la mujer estaba ya casada y desaparecido su marido; tras la ley de 7 de julio de 1981, después de más de cuarenta años de unión, el matrimonio hubiera podido celebrarse, aunque si teniendo en cuenta las circunstancias, cabe dudar que los interesados reparasen siquiera en ello. Éste es sin lugar a dudas uno de esos supuestos de parejas de hecho en los que la proximidad con la institución matrimonial es tan acusada que más bien cabe hablar de matrimonio aparente. La sentencia ha sido comentada, entre otros, por Marta PÉREZ ESCOLAR, “Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003”, en *AC*, N° 7, Madrid, 1ª quincena de abril de 2004.

titucionales y legales<sup>105</sup> (SSTS de 10 de marzo de 1998<sup>106</sup>, 17 enero 2003<sup>107</sup> o 23 de noviembre de 2004<sup>108</sup>).

Con éstas y otras argumentaciones los vaivenes jurisprudenciales basculan entre el estricto rigor en el reconocimiento de derechos y la máxima benevolencia. Entre estas últimas destaca la STS de 14 mayo de 2004<sup>109</sup>. Entre las primeras son reseñables la STS de 27 mayo de 2004<sup>110</sup> y sobre todo la más reciente de STS 12 septiembre de 2005<sup>111</sup>, que, además, de echar expresamente en falta la existencia de una regulación estatal sobre las parejas de hecho y mencionar con cierta falta de rigor las leyes autonómicas existentes en el marco comparado y sus características, contiene algunas declaraciones tan inexactas como la de llamar pensión compensatoria a la establecida a favor del hijo de los litigantes, y otras aparentemente tan sorprendentes como la de considerar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio y que la aplicación por analogía de las normas propias de éste supone una “penalización de la libre ruptura de la pareja”<sup>112</sup>. Como *ratio decidendi* del asunto la sentencia estima que para solventar los problemas

---

<sup>105</sup> Considera dudoso que estemos ante un auténtico principio general del Derecho en este caso Sergio LLEBARÍA SAMPER, “El patrimonio de las parejas de hecho”, en Josep María FUGARDO ESTIVILL, Martín GARRIDO MELERO, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Barcelona, Bosch, 2005, tomo II: Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales, p. 393.

<sup>106</sup> RJ 1998\1272.

<sup>107</sup> RJ 2003\4, en un supuesto de ruptura unilateral por uno de los miembros de la pareja tras diecinueve años de convivencia y en el que el ponente de la sentencia citada se explaya sobre la fundamentación del aludido principio, que parece en ciertos momentos identificar con el de enriquecimiento sin causa, para terminar otorgando a la mujer como compensación el valor del tercio de los bienes relacionados como patrimonio adquirido vigente la convivencia.

<sup>108</sup> RJ 2004\7385

<sup>109</sup> RJ 2004\3477; Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los tribunales”, en *Revista de Derecho Privado*, año N° 88, N° 5, Madrid, 2004, pp. 527-572, en especial pp. 571-572, considerada el pronunciamiento de esta decisión entre los dádivosos y benevolentes en el reconocimiento de derechos al conviviente.

<sup>110</sup> RJ 2004\3577

<sup>111</sup> RJ, 2005\7148. La sentencia es objeto de un magnífico comentario por parte de Lourdes BLANCO PÉREZ-RUBIO, “Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, año N° 90, N° 2, Madrid, marzo-abril, 2006, pp. 1-32.

<sup>112</sup> Tajantemente en uno de los párrafos del fundamento tercero se dice que: “[...] hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”. Como señala Enrique RUBIO TORRANO, *Aranzadi Civil*, N° 19, Navarra, 2005, BIB 2005\2650, ésta y otras afirmaciones contenidas en el cuerpo de la resolución serían difícilmente imaginables en el contexto normativo anterior a las recientes reformas del *Código Civil*.

surgidos tras la ruptura de estas parejas se deberán utilizar principios generales del Derecho y, en concreto, el de enriquecimiento sin causa que según la sentencia no se da en el caso a pesar de que la unión había durado casi veinte años<sup>113</sup>. En la sentencia se incluyen dos votos particulares formulados respectivamente por Xavier O'Callaghan, quien entiende que debió estimarse el recurso de la actora y ser aplicado el principio general de protección al perjudicado, para no dejar al margen de todo beneficio generado por la unión a uno de los miembros –normalmente la mujer–<sup>114</sup>, y por José Ramón Ferrándiz Gabriel y Encarnación Roca Trías, quienes no discrepan del fallo, pero sí de la argumentación de la mayoría y consideran que no siempre ha de excluirse la aplicación analógica de normas del matrimonio a las parejas de hecho, como puede ser el caso del artículo 97, el cual supone una compensación por el perjuicio que supone la ruptura –comparación de la situación *ex ante* y *ex post* de la ruptura– y no exige necesariamente enriquecimiento y correlativo empobrecimiento patrimonial.

Aunque cabe prever que la publicación de las leyes 13/2005 y 15/2005 puedan introducir cambios importantes en la jurisprudencia relativa a las uniones extramatrimoniales, las últimas sentencias del Tribunal Supremo relativas a las uniones de hecho siguen el camino dubitativo de sus antecesoras. Así, la de 5 de diciembre de 2005<sup>115</sup> o la de 26 de enero de 2006<sup>116</sup>, que estima constituida por pacto tácito una comunidad sobre el bien consistente en una edificación construida sobre un terreno propiedad de la mujer y la de 22 de febrero de 2006<sup>117</sup> donde se deduce de la explotación comercial conjunta la voluntad tácita de crear un patrimonio común durante la convivencia; ninguna de ellas se refiere a la cuestión que nos ocupa.

---

<sup>113</sup> El análisis de los hechos lleva al tribunal a inferir que la mujer, en razón de la convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones. Que tampoco sufre de minusvalía o enfermedad alguna. Y que, incluso, aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos. Así en el presente caso no se puede hablar de empobrecimiento de la parte actora y si la parte demandada ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada es debido al acierto en el desenvolvimiento de su actividad. Y tampoco se puede hablar de una causa que fundamente la situación económica antedicha.

<sup>114</sup> Para Enrique Rubio Torrano, en el trabajo antes citado, las consideraciones contenidas en este voto particular se ajustan a los criterios más firmes sostenidos por la jurisprudencia en los últimos años y se enmarcan en una línea proteccionista y de consolidación judicial de estas uniones, nacida a la sombra del matrimonio y que con el nuevo marco legislativo surgidos de las dos leyes relativas al matrimonio en 2005 está en su opinión destinada a cambiar.

<sup>115</sup> RJ2005\10185

<sup>116</sup> RJ2006\417.

<sup>117</sup> RJ2006\831

## V. CONSIDERACIONES FINALES

En el presente trabajo he tratado de dar unas pinceladas de la acelerada evolución del ordenamiento jurídico español en materia de pensión compensatoria derivada de la separación o divorcio, después de las reformas operadas en la materia, primero en 1981 y después en 2005, ambas acompañadas debidamente por una constante y rica aportación doctrinal que también ha venido de la mano de una constante e innovadora jurisprudencia. He tratado de señalar los puntos más controvertidos y algunos de los más discutidos e innovadores en los últimos años. Debo añadir ahora que, como ya apunté más arriba, recientemente se ha regulado la organización y funcionamiento del Fondo de Garantía de Pago de Alimentos, por RD 1618/2007, de 7 de diciembre<sup>118</sup>, que ya había sido previsto por la ley orgánica 1/2007, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género y posteriormente reiterado en la disposición adicional única de la ley 15/2005, de 8 de julio, varias veces citadas en este trabajo. En todas las disposiciones mentadas se pretende que el Estado garantice el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial; por consiguiente, dicho fondo público no contempla la posibilidad de incluir las pensiones compensatorias debidas entre esposos o *ex* esposos que resulten impagadas. Debe hacerse notar que algunas comunidades autónomas que han creado su propio fondo, sí prevén esta posibilidad, especialmente en el caso de pensiones debidas a mujeres que han sufrido violencia de género. Con todo, en mi opinión la respuesta estatal defrauda las expectativas que genera un verdadero Estado que se autocalifica como social.

Aun cuando cada una de las cuestiones apuntadas en las líneas precedentes merecería mayor detalle y un análisis más pausado, espero que al menos haya servido al lector para hacerse una idea, siquiera aproximativa, de la importante evolución experimentada en este concreto aspecto del moderno Derecho Matrimonial español, consideración que es extensiva a todo su Derecho de Familia.

---

<sup>118</sup> *BOE* de 14 de diciembre.

# LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL\*

*Susan Turner Saelzer*

## INTRODUCCIÓN

Han transcurrido ya tres años desde la entrada en vigencia de la nueva LMC y este hecho nos permite confrontar las ideas vertidas por la doctrina nacional durante este tiempo con aquéllas que los jueces han plasmado en sus fallos. En este sentido, lo que algunos años atrás podría haberse catalogado de meras disquisiciones teóricas de los autores, sin relevancia práctica alguna, se vislumbran ahora aplicadas en las sentencias judiciales. Lo anterior nos confiere, entonces, un nuevo enfoque sobre el Derecho Matrimonial vigente y, en especial, sobre aquellas instituciones que constituyeron una novedad de la mencionada ley. De entre ellas, nos convoca en esta oportunidad la compensación económica que uno de los cónyuges divorciados o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, puede estar obligado a pagar al otro.

En este trabajo intentaré una sistematización del tema de los requisitos de procedencia de la compensación económica sobre la base de la doctrina y jurisprudencia nacionales, con el propósito de vincular cada una de las posiciones posibles de distinguir al respecto con la función que implícitamente se le asigna a la prestación compensatoria.

## PRIMERA PARTE: SOBRE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

A partir de una lectura inicial del párrafo 1º “De la compensación económica” del capítulo VII (arts. 61 a 66 de la LMC), podría pensarse que la discusión

---

\* Este trabajo constituye la versión escrita de la ponencia expuesta por la autora en el seminario “La compensación económica por ruptura matrimonial”, celebrado el 21 de noviembre de 2007 en la Fundación Fernando Fueyo Laneri, en cuya preparación colaboró en lo relativo al análisis jurisprudencial Gonzalo Lepe Ruiz, colaboración que aquí agradezco formalmente.

a que dan lugar los requisitos de procedencia de esta prestación versa sobre la interpretación de cada uno de los elementos enumerados en el art. 61 de la LMC, es decir, sobre el contenido atribuido al trabajo doméstico desempeñado por el cónyuge solicitante (“haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común”), a la falta absoluta o relativa de desempeño de un trabajo remunerado por parte del mismo (“uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería”), y al detrimento patrimonial sufrido (“menoscabo económico sufrido por esta causa”). Esta primera aproximación no es equivocada, pues, en efecto, cada uno de los elementos descritos en el art. 61 de la LMC da pie para una serie de interrogantes en cuanto a su significado y extensión. Sin embargo, la cuestión a dilucidar en esta oportunidad es previa a la señalada. Se trata de determinar cuáles son los requisitos de procedencia de la compensación económica y en ese sentido, el foco del análisis se desvía desde la norma del art. 61 de la LMC en forma aislada hacia la relación en que se encuentran los artículos 61 y 62 inciso 1° de la LMC. Si sólo el primero contiene los presupuestos legales de la prestación, cuyo cumplimiento hace surgir la obligación de compensar de uno de los cónyuges al otro, entonces la segunda disposición, con su catálogo de circunstancias, se refiere a algo distinto. Si, en cambio, el art. 62 inc. 1° de la LMC también contiene requisitos de procedencia de la compensación económica, corresponderá preguntarse, adicionalmente, si ellos deben concurrir en forma copulativa con los del art. 61 de la LMC o son meramente alternativos de los primeros.

La doctrina nacional ha asumido, al respecto, tres posiciones distintas: que sólo el art. 61 de la LMC consagra los requisitos de procedencia de la compensación económica, que ambas disposiciones contienen requisitos de procedencia autónomos de la prestación y, por último, que los presupuestos, si bien enumerados en el art. 61 de la LMC, engarzan con el art. 62 inc. 1° de la LMC en cuanto éste determina la existencia del menoscabo económico.

De acuerdo con la primera tesis<sup>1</sup>, los requisitos de procedencia de la compensación económica son los tres que enumera el art. 61 de la LMC y que deben concurrir copulativamente. Por consiguiente, sólo en la medida que

---

<sup>1</sup> En este sentido *vid.* Carlos PIZARRO WILSON, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, diciembre 2004, pp. 91-93; Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, vol. 11, Santiago, 2005, pp. 112-114 y 117; Javier BARRIENTOS GRANDON y Aranzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Santiago, LexisNexis, 2004, pp. 427 y 428.

i uno de los cónyuges no haya trabajado remuneradamente durante el matrimonio o lo haya hecho en menor medida de lo que quería y podía,

ii debido a que se dedicó al cuidado de los hijos o al hogar común,

iii y que a consecuencia de ello haya sufrido un menoscabo económico, surgirá, en su favor, un derecho a compensación económica. Determinada la procedencia de la prestación, el art. 62 inc. 1° de la LMC servirá para establecer su monto. Esta última norma cumple, por ende, una función auxiliar respecto de la primera. De esta manera, sólo en la medida que se den los presupuestos del art. 61 tendrán aplicación las circunstancias enumeradas en el art. 62 inciso 1°.

Sin embargo, esta interpretación de la vinculación entre ambas disposiciones tiene, al menos, un inconveniente en el tenor literal de la primera parte del art. 62 inc. 1° de la LMC<sup>2</sup>. La norma le asigna una doble función a las circunstancias que enumera: la de “determinar la existencia del menoscabo económico” y la de determinar “la cuantía de la compensación”. Es decir, las circunstancias cumplirían, además de una función cuantificadora de la compensación, la tarea de determinar la existencia o inexistencia del menoscabo económico, presupuesto fundamental de la prestación. Esta segunda función de las circunstancias indicadas en el art. 62 inc. 1° queda, según esta posición, sin concreción alguna.

Este escollo podría salvarse estimando que el legislador fue poco preciso en los términos empleados en la referida disposición y que la distinción entre dos funciones distintas tenía el sólo propósito de vincular lingüísticamente ambas normas a través de la expresión “menoscabo económico”, pero lo relevante era la tarea cuantificadora de las circunstancias del catálogo legal (art. 62 inc. 1° de la LMC).

En el extremo opuesto, se encuentra aquella postura que independiza completamente el art. 62 inciso 1° del art. 61, tal como postula la primera, pero con una importante salvedad: ambas disposiciones contendrían presupuestos o condiciones de procedencia de la compensación económica absolutamente independientes entre sí<sup>3</sup>. Es decir, se trataría de dos normas de igual rango, “principales” y autónomas. Según esta visión, entonces, cualquiera de las

<sup>2</sup> Hernán CORRAL TALCIANI, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1, Santiago, enero-abril 2007, p. 26; Susan TURNER SAEZ, “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil” en AA.VV. *Estudios de derecho civil: código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 485-486.

<sup>3</sup> CORRAL TALCIANI (n. 2), pp. 26-29. Parece ser, además, la tesis subyacente en Paulina VELOSO VALENZUELA, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 13, Santiago, enero 2006, p. 180.

circunstancias del art. 62 inciso 1° (también la combinación de todas o de algunas) puede ser causa del menoscabo económico compensable. En otras palabras, el único requisito de procedencia de la prestación consiste en que uno de los cónyuges sufra un menoscabo económico, el que podrá tener su origen en la falta de trabajo remunerado durante el matrimonio a causa de haberse dedicado al trabajo doméstico; en la falta de trabajo remunerado del cónyuge solicitante a causa de cualquier otro factor como, por ejemplo, una discapacidad física; en su estado de salud asociado a la edad, aún cuando haya trabajado remuneradamente durante el matrimonio; en su situación patrimonial condicionada por las bajas rentas de jubilación que obtiene, etcétera.

Esta postura, tal como la anterior, tiene un inconveniente objetivo en los términos de las normas de los art. 61 y 62 inciso 1° de la LMC, porque no se aprecia cuál podría haber sido la intención del legislador de separar el caso “prototípico”, en los términos del profesor Hernán Corral de la mujer dueña de casa (art. 61 de la LMC), de aquellos otros que pudiesen estar comprendidos en el art. 62 inciso 1° de la LMC, si ambos conducen al mismo resultado. Sobre todo, porque de acuerdo con la postura en comento, no se trataría aquí de aquellos casos en que el legislador aplica la técnica de consagración de una causal genérica desglosada posteriormente en casos específicos por vía ejemplar<sup>4</sup>, dado que el cónyuge que sufriera el menoscabo económico por alguna de las circunstancias del art. 62 inciso 1° de la LMC sin cumplir con los presupuestos del art. 61 de la LMC, no podría alegar que estaría satisfecha la causal genérica.

Se ha intentado salvar esta objeción, argumentando que los presupuestos del art. 61 de la LMC se limitan a describir el caso “prototípico”<sup>5</sup> de surgimiento del derecho a compensación económica, hecho que justificaría su separación del resto de los demás presupuestos autónomos del Derecho.

Por último, existe una tercera postura frente a los requisitos de procedencia de la compensación económica que, siguiendo la literalidad de la primera parte del art. 62 inciso 1° de la LMC, asigna a las circunstancias enumeradas a continuación, tanto una función configuradora del menoscabo económico y, en ese sentido, complementaria de los presupuestos del art. 61 de la LMC como una función cuantificadora de dicho menoscabo y desde esa perspectiva, una tarea “subordinada” al art. 61<sup>6</sup>. De acuerdo con esta interpretación,

<sup>4</sup> En este sentido, véase, por ejemplo, el art. 54 de la LMC.

<sup>5</sup> CORRAL TALCIANI (n. 2), p. 26.

<sup>6</sup> SUSAN TURNER SAE LZER, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil: tres cuestiones dogmáticas”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, Santiago, 2005, pp. 422-423; ÁLVARO VIDAL OLIVARES, “La compensación por menoscabo económico en la Ley

los presupuestos de procedencia del derecho a la prestación están indicados en forma copulativa en el art. 61 de la LMC, siendo, por consiguiente, la única causa del menoscabo económico compensable, la falta de trabajo remunerado durante el matrimonio por haberse dedicado el cónyuge al trabajo doméstico. Hasta aquí, el postulado coincide con el de la primera interpretación referida. Sin embargo, y haciéndose cargo de las dos funciones asignadas a las circunstancias del art. 62 inciso 1° de la LMC, se plantea que dichas circunstancias influyen sobre los requisitos de procedencia en la medida que pudiesen determinar la inexistencia del menoscabo económico jurídicamente relevante y, por ende, la improcedencia de la compensación económica. Por ejemplo, podría darse el caso de una mujer que teniendo un oficio, no trabajó remuneradamente durante la vigencia del matrimonio porque se dedicó al cuidado de los hijos y al hogar común y que, sin embargo, por su situación patrimonial, edad y estado de salud, no hubiese sufrido un menoscabo económico compensable. La ponderación de estas circunstancias del art. 62 inciso 1° excluyen el requisito de procedencia del menoscabo (art. 61 de la LMC).

En conclusión, la doctrina nacional reconoce unánimemente como requisito de procedencia de la prestación compensatoria la existencia de un menoscabo económico en el cónyuge solicitante. Por el contrario, ella se divide al momento de determinar el origen de este menoscabo compensable, asumiendo que él sólo puede tener su causa en la ausencia de trabajo remunerado durante el matrimonio a causa del desempeño del trabajo doméstico (primera y tercera posición) tanto en este hecho como en cualesquiera de las circunstancias señaladas por el legislador en el art. 62 inciso 1° de la LMC (segunda posición). Dado que las referidas circunstancias son meramente ejemplares, en definitiva, el menoscabo económico sufrido por el cónyuge podrá tener cualquier origen.

## SEGUNDA PARTE:

### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Las tres visiones doctrinarias sobre la procedencia de la compensación económica han tenido su correlato en la jurisprudencia nacional. Del análisis de los fallos de nuestros tribunales superiores resulta que, sin explicitarse que se acoge una u otra posición, los jueces optan por alguna al decidir

de Matrimonio Civil” en Álvaro VIDAL OLIVARES (coord.), *Nuevo derecho chileno del matrimonio: Ley 19.947 de 2004*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 262.

sobre el derecho alegado por el cónyuge demandante de compensación económica.

Así, numerosos fallos verifican la procedencia de la compensación económica basándose en los presupuestos del art. 61 de la LMC y, sin sentar vinculación alguna entre esta disposición y la siguiente, fijan su cuantía de acuerdo con las circunstancias del art. 62 inciso 1° de la LMC (primera posición doctrinal). En una sentencia de la CA de Valparaíso de fecha 22 de febrero de 2008<sup>7</sup> se alude a la obligación del cónyuge demandante de compensación económica de acreditar:

“que la dedicación al cuidado de los hijos y/o tareas del hogar común fueron efectivamente las circunstancias que significaron el impedimento durante el matrimonio para realizar una labor remunerada” (considerando primero), agregando que: “el monto de la compensación económica, dándose los supuestos de la misma [los del art. 61 de la LMC], es facultad del juez (sic), por ser una materia de orden público, en que para su determinación, aquél debe considerar diversos parámetros para determinar su cuantía, tales como la duración del matrimonio y de la vida en común, la situación patrimonial de ambos cónyuges y lo concerniente al estado de salud del beneficiario, su edad, su calificación profesional y colaboración prestada a las actividades lucrativas del otro” (considerando sexto).

Cabe resaltar que en este caso se rechazó la demanda reconvenzional de compensación económica en atención a que la mujer no habría sufrido un menoscabo económico dado que había renunciado voluntariamente a su trabajo en la Armada de Chile.

En la sentencia de la CA de Concepción de 31 de enero de 2007<sup>8</sup>, el tribunal señala que “para la procedencia de la compensación económica, deben acreditarse los siguientes requisitos”, enumerando a continuación, los del art. 61 de la LMC (considerando cuarto). En definitiva, deniega la compensación económica puesto que:

“si bien está acreditado que la actora reconvenzional se dedicó al cuidado de los hijos y a labores del hogar común, no logró establecer, con los medios probatorios antes referidos, que a consecuencia de ello, no pudo realizar una actividad remunerada o lucrativa o lo hizo en menor medida de lo que quería o podría desde el inicio del

---

<sup>7</sup> Rol 1293-2007, número identificador LexisNexis 38333.

<sup>8</sup> Rol 1013, número identificador LexisNexis 38300.

matrimonio y hasta la fecha en que duró la convivencia efectiva y más aún, que a causa de lo anterior le produjo un menoscabo económico” (considerando séptimo).

Igual razonamiento hace esta Corte en su fallo de 17 de octubre de 2007<sup>9</sup>, en el que recalca que cualquiera sea la motivación que hubiese tenido el cónyuge solicitante para no trabajar remuneradamente:

“nada la exime de la carga de probar la concurrencia de las demás exigencias, vale decir, que estuvo en condiciones de desarrollar una actividad remunerada y que sufrió un detrimento o menoscabo económico por haberse dedicado total o parcialmente al hogar e hijos, siendo este último elemento el requisito esencial y la justificación de la institución, y, por ende, constitutivo de requisito de la acción” (considerando cuarto).

En la sentencia de la CA de Santiago de 6 de noviembre de 2006<sup>10</sup>, el tribunal pone énfasis en que la existencia de un menoscabo compensable debe buscarse en:

“la situación pasada de los cónyuges. En ella hay que indagar si uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa en el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, a raíz de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, como para que nazca el derecho a la compensación del menoscabo económico sufrido por esa causa (art. 61)” (considerando segundo).

La situación posterior de los cónyuges marcada por elementos “que deben considerarse en el presente y en proyección”, refiriéndose a las circunstancias del art. 62 inciso 1° de la LMC, deben servir “para medir la compensación” (considerando segundo). Confirmando lo anterior, en el análisis de la prueba rendida, la Corte establece que:

“los documentos relativos a la salud de la demandante reconvenional, de fojas 18, 19 y 20, no tienen que ver con la existencia de la obligación de que se trata, y sólo servirían para considerar su monto, en su caso, lo que, por no concurrir el presupuesto básico, los hace

<sup>9</sup> Rol 439-2007, número identificador LexisNexis 36731.

<sup>10</sup> Rol 2863-2006, número identificador LexisNexis 35657.

carecer de influencia en lo que atañe a la compensación solicitada” (considerando tercero).

En esta misma línea argumental se encuentra el voto disidente de la sentencia de la CA de Rancagua de 2 de marzo de 2007<sup>11</sup>, que también hace un desglose de los requisitos de procedencia de la compensación a partir del art. 61 de la LMC (considerando segundo), destacando que el perjuicio económico compensable es aquél derivado de la celebración del matrimonio y no “el que se produzca para uno de los cónyuges, con ocasión del divorcio o declaración de nulidad del matrimonio” y que, por ende, la situación patrimonial, previsional y de salud en que quedará aquél que tenga derecho a la compensación económica deberá considerarse “sólo para la regulación de su monto” (considerando tercero).

Una separación tajante entre presupuestos de la prestación (art. 61 de la LMC) y su respectiva cuantificación (art. 62 inciso 1° de la LMC) se aprecia en el fallo de la CA de Concepción de 3 de agosto de 2007<sup>12</sup>, en el que el tribunal corrobora que la prestación constituye:

“una forma de resarcimiento de un cierto daño, es decir, de una cierta pérdida producida por el hecho de haber dedicado el esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio” (considerando tercero),

indicando que para la fijación de su cuantía deben tenerse en consideración los parámetros del art. 62 de la LMC (considerando cuarto).

La CA de Santiago en una sentencia de fecha 6 de diciembre de 2006<sup>13</sup> da lugar a la compensación económica solicitada por la cónyuge en atención a que se acreditó que ella desempeñó durante el matrimonio:

“una actividad laboral acorde con su preparación profesional, pero en menor medida de lo que estaba en condiciones de hacerlo y quererlo, porque se dedicó al cuidado de sus hijos y del hogar común”

---

<sup>11</sup> Voto del ministro señor Miguel Vásquez Plaza, rol 1580-2006, número identificador LexisNexis 36434.

<sup>12</sup> Rol 792-2007, número identificador LexisNexis 37093.

<sup>13</sup> Rol 10228-05.

y fijó su monto “teniendo presente la duración del matrimonio y de la vida en común; la situación patrimonial de ambos, y la edad y estado de salud de la demandante reconventional”. Por su parte, la CA de Concepción en fallo de 23 de agosto de 2007<sup>14</sup> estima que:

“estando justificado que la demandante reconventional estuvo durante la vida en común con su marido, al cuidado de sus hijos y el hogar, no logrando seguir sus estudios de contabilidad, necesario es concluir que durante ese tiempo no tuvo la oportunidad de trabajar o estudiar, con el consiguiente menoscabo económico, todo lo cual lleva a concluir que, en la especie, concurren las exigencias legales (...) que hacen procedente la compensación económica”.

En cuanto a su monto, “en relación con lo prevenido en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, los sentenciadores estiman abiertamente excesivo o exagerado lo pretendido por la actora por el rubro en mención”, motivo por el cual, lo rebajan prudencialmente.

En un fallo de la CS de 30 de julio de 2007<sup>15</sup>, que deniega la compensación económica, se recalca la necesidad de parte del que pretende obtenerla, de probar

“los presupuestos que hacen procedente la institución, esto es, que por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería y que, como consecuencia de ello, se le produjo un menoscabo económico, es decir, este daño debe tener como causa necesaria la postergación cierta en el ámbito laboral en beneficio de los hijos y de la familia”,

agregando a continuación que: “al no haber probado la demandante reconventional los presupuestos necesarios para que nazca el derecho que se invoca” su demanda deberá ser rechazada.

Una variante jurisprudencial de esta primera posición verifica la procedencia de los requisitos del art. 61 de la LMC para dar lugar a la compensación económica, pero, a partir de la concurrencia del cuidado de los hijos o del hogar común, da por sentada la falta de trabajo remunerado y el menoscabo económico subsecuente. En este sentido, en la sentencia de la

---

<sup>14</sup> Rol 664-07, número identificador LexisNexis 36970.

<sup>15</sup> Rol 2582-07, número identificador LexisNexis 36741.

CA de Antofagasta de 10 de septiembre de 2007<sup>16</sup>, y luego de destacar que la naturaleza u origen de la obligación de pagar compensación económica surge “a propósito del cuidado de los niños y la dedicación a las labores propias del hogar común”, actividades que implican un “sacrificio, esfuerzo y desgaste”, señala que:

“probado que sea el hecho de la crianza o la dedicación a las labores del hogar, surge indefectiblemente la consecuencia del deterioro en el desarrollo del individuo, porque se ha impedido real o materialmente una actividad destinada al enriquecimiento personal para obtener conocimientos o destrezas que permitan un trabajo remunerado y un desenvolvimiento independiente” (considerando primero),

y establece que la mujer se dedicó a la crianza de los tres hijos del matrimonio y a las labores propias del hogar común

“lo que implica un menoscabo económico y estratificador para conseguir un empleo luego de la crianza aludida; situación que previó el legislador en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, invocado por la misma demandante reconvencional, razón por la cual necesariamente debe accederse a esta pretensión” (considerando tercero).

Agrega que:

“para determinar el monto de la compensación económica ha de considerarse la exigua prueba agregada al proceso, pero que en todo caso queda plenamente acreditada la existencia de los hijos y la conclusión lógica y obvia de su crianza y cuidado, que conlleva un menoscabo económico y, por lo tanto, era el actor quien debió acreditar circunstancias distintas para comprobar la inexistencia de este perjuicio”.

Finalmente, el sentenciador invoca la duración de la vida en común de las partes (veinticuatro años), la situación patrimonial del cónyuge demandante y la edad de la mujer (cincuenta y un años), como relevantes para fijar el monto de la prestación que decreta (considerando cuarto). Igual presunción de haber sufrido un menoscabo económico a partir de la dedicación al trabajo doméstico se hace en el fallo de la CA de Antofagasta de 5 de octubre de 2007<sup>17</sup>, luego de explicitar como requisitos de procedencia los del art. 61 de la

---

<sup>16</sup> Rol 297-2007, número identificador LexisNexis 37203.

<sup>17</sup> Rol 468-2007, número de identificador LexisNexis 37412.

LMC (considerando segundo), en su considerando sexto señala que estando acreditada la dedicación aludida “fluye que durante ese tiempo no tuvo la oportunidad de trabajar u obtener entradas económicas”.

En la sentencia de la CA de Concepción de 11 de septiembre de 2007<sup>18</sup> se aprecia nuevamente la aplicación de una presunción para los presupuestos de la compensación económica. En efecto, el tribunal “apreciando la prueba de acuerdo a las normas de la sana crítica y partiendo del principio de normalidad familiar”, infiere que la actividad remuneracional de la mujer se ejerció en menor medida de lo que podía y quería (considerando octavo).

En la sentencia de la CA de Rancagua de 24 de enero de 2007<sup>19</sup>, y con la finalidad de conceder compensación económica a una mujer que cuidaba de su hijo aquejado de un retardo mental severo, los sentenciadores, a partir de dicha afección y de la dependencia en funciones básicas de la vida que ella produjo para el hijo, presumieron que la madre y actora reconvenicional debió dedicarse primordialmente al cuidado de éste (considerando tercero).

La sentencia de la CA de Santiago de 24 de octubre de 2007<sup>20</sup>, establece una causalidad necesaria entre la falta de trabajo remunerado y el desempeño de las tareas domésticas. Para desvirtuar la alegación del demandado reconvenicional en el sentido que su mujer no podría haber trabajado remuneradamente durante el matrimonio por no tener preparación alguna, el fallo señala que:

“la demandante reconvenicional pudo perfectamente desempeñarse en algún trabajo remunerado que no requiriera estudios avanzados y si tal no lo hizo fue, precisamente, por tener que dedicarse a cuidar del hogar común” (considerando tercero),

situación que redundó en un “enriquecimiento del otro cónyuge a expensas de la mujer” (considerando cuarto). El monto de la compensación se fijó en atención a ciertas circunstancias del art. 62 inciso 1° (considerando quinto).

La revisión jurisprudencial muestra otros fallos que, directa o indirectamente, adhieren a la segunda tesis expuesta. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 27 de junio de 2007<sup>21</sup> establece como requisito indispensable de la compensación económica

<sup>18</sup> Rol 970-2007, número identificador LexisNexis 37133.

<sup>19</sup> Rol 1731-2006, número de identificador LexisNexis 36441.

<sup>20</sup> Rol 6710-2006, número identificador LexisNexis 37547.

<sup>21</sup> Rol 7207-2006, número de identificador LexisNexis 36720.

“la existencia de un menoscabo patrimonial efectivo del titular del derecho amagado toda vez que dicha compensación no puede ser una fuente de lucro” (considerando tercero).

Si bien el fallo parece fundarse inicialmente en la primera tesis doctrinal desde que considera a las circunstancias del art. 62 inciso 1° de la LMC como

“factores objetivos que el tribunal debe ponderar a objeto de determinar el deterioro económico que sufre el cónyuge y, en consecuencia, sirven de antecedente para fijar el monto de la reparación” (considerando cuarto),

además de resaltar el hecho de que pese a su falta de cualificación profesional, la demandante “sí pudo trabajar, como efectivamente lo hizo, y recibir a cambio una remuneración” (considerando undécimo), parece dar un giro argumental cuando para denegar la compensación, considera que:

“en todo caso, se tiene en cuenta además que no media en autos prueba alguna encaminada a establecer que la señora Barrio haya prestado colaboración a las actividades lucrativas de su marido y que en cuanto a la situación patrimonial de ambos, resulta que la demandada y demandante reconventional a la época de la acción de divorcio registraba a lo menos un inmueble inscrito a su nombre. En tanto, respecto a la edad de los cónyuges, establecido como otro parámetro para fijar la compensación económica, queda en evidencia que el demandante es 5 años mayor que su esposa, motivo por el cual se dificulta más su ingreso al mercado laboral como corrobora el hecho que está registrado como cesante en la I. Municipalidad de Providencia a partir del 3 de agosto de 2006” (considerando duodécimo).

*Contrario sensu* y aun cuando la demandante no cumplía con los presupuesto del art. 61 de la LMC, la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 62 inciso 1°, como los señalados en este último considerando, podría haber dado lugar al derecho a compensación.

Una sentencia de la CA de Valdivia de 7 de julio de 2006<sup>22</sup> señala que de los antecedentes del caso puede concluirse que “la actora quien demanda compensación económica, trabajó durante toda la vigencia del matrimonio (...) dedicándose además a mantener y educar al demandado”, a pesar de lo cual, los sentenciadores concluyen que:

---

<sup>22</sup> Rol 196-06.

“es plenamente procedente la compensación económica solicitada por la demandante, pues inequívocamente sufrió menoscabo económico durante la convivencia, desde que es al demandado a quien se le ha acreditado nivel de vida e ingresos cuantiosos y no a la demandada”.

A su vez, una sentencia de la CA de Talca de 10 de noviembre de 2006<sup>23</sup> concedió la compensación económica solicitada por una mujer que, abandonada por su marido, se hizo cargo de sus cuatro pequeños hijos y que “sin tener profesión y oficio que le permitiera la adecuada manutención y educación de ellos, debió desempeñarse en sucesivos trabajos menores para salir adelante con ellos”.

En estos dos últimos fallos citados, la causa del menoscabo económico compensable claramente no está en la falta de actividad remunerada del cónyuge beneficiario durante el matrimonio sino en elementos del catálogo de circunstancias, como la edad, estado de salud, situación patrimonial, etcétera.

En cuanto a la tercera posición doctrinal reseñada, no se encontró ningún fallo que adhiriera expresamente a ella. Sin embargo, existen algunas sentencias que realizan el ejercicio de incorporar las circunstancias del art. 62 inciso 1º de la LMC al momento de verificar el cumplimiento del requisito de procedencia del menoscabo económico, además de considerarlas para la cuantificación de la compensación económica.

Así, la sentencia de la CA de Antofagasta de 29 de junio de 2007<sup>24</sup> da por establecido el derecho a la compensación económica por haberse acreditado que la demandante cumple con los presupuestos del art. 61 de la LMC (considerando segundo), pero, a continuación, agrega con el objetivo de dar por sentado el menoscabo económico:

“que vinculada a la compensación económica ha de considerarse la vida en común que tuvieron, la situación patrimonial del cónyuge demandante y la edad de la mujer, que ha quedado disminuida en su posibilidad de encontrar un trabajo dignamente remunerado acorde a su posición social frente a la situación jurídica que ella vivía antes de la publicación de la Ley de Familia, generándose una injusticia de la que ella estaba imposibilitada de prever...” (considerando tercero).

Para fijar el monto de la prestación, el tribunal ponderó la vida en común que tuvieron las partes y la situación patrimonial del demandado reconvencional (considerando quinto).

<sup>23</sup> Rol 350-06.

<sup>24</sup> Rol 1317-2006, número identificador LexisNexis 36577.

Este mismo razonamiento existe en la sentencia de la CA de Concepción de 10 de septiembre de 2007<sup>25</sup> que, a propósito de la procedencia de la compensación económica alude a que:

“la cónyuge demandante ha estado 28 años dedicada a las labores del hogar, y como consecuencia de ello se encuentra en una condición de desventaja a la hora de tener que ingresar al mercado laboral para procurarse los recursos de subsistencia. Que, además, debe tenerse igualmente en consideración que producto del matrimonio nacieron tres hijos bastante distanciadamente entre ellos...” (considerando cuarto).

Posteriormente, y en cuanto a la fijación del monto de la compensación, el tribunal considera:

“especialmente la edad y condición de salud del cónyuge beneficiario, su calificación profesional y sus posibilidades actuales de acceder al mercado laboral, el tiempo que duró el matrimonio y la vida común de los cónyuges, la situación económica de ellos y en especial la del demandado, quien, amén de sus limitados recursos como garzón, debe igualmente cumplir con el pago de una pensión alimenticia de \$50.000 regulada a favor del hijo menor de las partes” (considerando sexto).

## CONCLUSIÓN

La cuestión acerca de los requisitos de procedencia de la compensación económica, es decir, de aquellos supuestos de hecho que debe verificar el juez para reconocer al cónyuge beneficiario su derecho a obtener la prestación compensatoria, más que con un mero interés por la depuración técnica de la institución, se relaciona con la finalidad que se le reconozca a la misma. Las distintas tesis elaboradas desde la doctrina se subordinan, en definitiva, a la noción del intérprete acerca de la tarea que la compensación está llamada a cumplir frente al divorcio o declaración de nulidad matrimonial. En la medida que el intérprete asuma que la compensación económica pretende resarcir un daño patrimonial cuyo origen es indudable y exclusivamente matrimonial, relacionado con el cónyuge que asumió las tareas domésticas, verificará los presupuestos del art. 61 de la LMC para la decisión de si surgió

---

<sup>25</sup> Rol 238-2007, número identificador LexisNexis 37206.

o no el derecho a exigirla. Por esta razón, en los fallos analizados resalta que la primera tesis es utilizada más bien para rechazar la prestación que para dar lugar a ella. Es decir, esta tesis (y, con mayor razón la tercera posición analizada), debiera servir para lograr una aplicación más restringida de la compensación económica.

Por el contrario, en la medida que se estime que la terminación del matrimonio por causa del divorcio o declaración de nulidad genera siempre, o con muy pocas excepciones, un detrimento para alguno de los cónyuges, encuentre éste su causa en el matrimonio o no, se pretenderá paliarle a través de la compensación económica. Ella operará, por consiguiente, como una verdadera indemnización a todo evento provocada por el término de la relación matrimonial. Cuesta imaginarse, entonces, una hipótesis en que, sea en virtud de los supuestos de hecho del art. 61 de la LMC o de las circunstancias del art. 62 inciso 1º de la LMC, no se genere el menoscabo compensable. Los casos fallados sobre la base de esta tesis muestran que ella sirve, especialmente, cuando por consideraciones de justicia material, el juez tiene reparos en denegar la prestación al cónyuge solicitante.



# EL MENOSCABO ECONÓMICO COMO ELEMENTO CENTRAL DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA\*

*Álvaro Vidal Olivares*

## INTRODUCCIÓN

El menoscabo que causa el divorcio o nulidad a uno de los cónyuges, al del supuesto del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, es el elemento central de la compensación económica. Pese a lo anterior hay oscuridad en torno a su comprensión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Los autores se han esforzado en dilucidar la naturaleza jurídica de la compensación, pudiendo encontrar las más variadas y contradictorias posiciones en torno a ella, aunque prevalece la naturaleza indemnizatoria con algunos matices<sup>1</sup>. Sin embargo, hoy la preocupación no refiere a su calificación jurídica, sino a los elementos que la hacen procedente y a los parámetros para fijar su cuantía.

---

\* Ponencia presentada en el seminario sobre Compensación económica por ruptura matrimonial organizado por la Fundación Fernando Fueyo de la Universidad Diego Portales y el doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, en el marco de ejecución del proyecto FONDECYT N° 1070731, cuyo investigador responsable es el profesor de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales, Carlos Pizarro Wilson.

<sup>1</sup> En otros. Carlos PIZARRO WILSON, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, 2004, pp. 90-91. El autor afirma una naturaleza indemnizatoria fundada en el enriquecimiento sin causa. Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, “La compensación económica en la ley de divorcio”, en *Semana Jurídica*, N° 271, Santiago, 2006, pp. 4-5. Para el profesor la compensación económica tiene una naturaleza jurídica directamente funcional al modelo de relación de pareja que antecedió a la ruptura, al “sendero” que siguió la pareja. Álvaro VIDAL OLIVARES, “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en Álvaro VIDAL OLIVARES (coord.), *El nuevo Derecho chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 232-253. En este trabajo sostengo una naturaleza jurídica propia, calificando a la compensación económica como una obligación que tiene por objetivo corregir un desequilibrio provocado por el divorcio o nulidad y así prevenir un empeoramiento futuro. Hernán CORRAL TALCIANI, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1, Santiago, 2007, p. 26. El profesor la califica como indemnización por sacrificio. Javier BARRIENTOS GRANDON, “La compensación económica como ‘derecho’ de uno de los cónyuges y ‘obligación’ correlativa del otro. De sus caracteres”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9, Santiago, 2007, pp. 12-14. Para el autor la compensación es un derecho de familia de carácter patrimonial y que se funda en el matrimonio.

Este trabajo tiene por objetivo definir la noción de menoscabo y para este efecto me detendré en las condiciones necesarias para el nacimiento del derecho a la compensación; seguidamente, examinaré la noción de menoscabo y finalizaré con unas conclusiones.

## I. LAS CONDICIONES DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

### 1. *Las condiciones para el nacimiento del derecho*

La compensación económica constituye un derecho de origen legal a favor del cónyuge que por dedicarse, durante el matrimonio, a la familia no desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en una menor medida que la que quería y podía y el divorcio o la nulidad le causa un menoscabo económico. Correlativamente, la compensación económica es una obligación legal que pesa sobre el otro cónyuge –el que sí desarrollo una actividad remunerada o lo hizo en mayor medida que el otro– que debe ejecutar una prestación de dar objeto de la compensación económica a favor del cónyuge acreedor, titular del derecho<sup>2</sup>.

El artículo 60 de la ley, al prever sobre los efectos de la sentencia firme de divorcio, ordena la extinción de todos los derechos de carácter patrimonial, como los alimentos y los derechos sucesorios, que emanan del matrimonio, sin perjuicio de lo prevenido en el párrafo 1 del capítulo siguiente que trata sobre la compensación económica. A su turno, el artículo 61 la califica como un derecho de que es titular el cónyuge que no trabajó durante el matrimonio, por dedicarse tanto al cuidado de los hijos como a las labores del hogar común<sup>3</sup>.

Javier Barrientos Grandon afirma que la compensación económica es un derecho personal o crédito que tiene unos caracteres propios y que la LMC le asigna los siguientes:

- a) el de un derecho matrimonial, entendido así en la medida en que su titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio (art. 60 de la LMC);
- b) el de un derecho de carácter patrimonial dentro de los citados derechos matrimoniales (art. 60 de la LMC).

El autor añade que debe hacerse un esfuerzo dogmático de analizar la compensación económica como derecho de familia, al no ser procedente aplicar las categorías propias del libro IV del *Código Civil*<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> En un trabajo me incliné por afirmar que la naturaleza de la compensación económica es la de una obligación de carácter legal cuyo objetivo es nivelar o equiparar situaciones económicas, no patrimonios, con el fin de favorecer que el cónyuge acreedor del derecho correlativo pueda enfrentar la vida futura separada y alcanzar, en la medida de lo razonable, un estatus autónomo. *Vid.* VIDAL OLIVARES (n. 1), pp. 247-253.

<sup>3</sup> El artículo 64 también califica a la compensación económica como un derecho.

<sup>4</sup> BARRIENTOS GRANDÓN (n. 1), pp. 12, 16-17.

El titular del derecho es el cónyuge del artículo 61 –el dedicado a la familia durante el matrimonio– y su objetivo es remediar la carencia patrimonial cuya causa está en el pasado, que se revela en el presente y cuyos efectos se proyectarán en el futuro; el menoscabo económico<sup>5</sup>.

Del artículo 61 de la LMC se infiere que las condiciones para que nazca el derecho a la compensación, son:

- a) haberse dedicado, durante el matrimonio, a las labores propias del hogar común, al cuidado de los hijos o ambos;
- b) por esta causa, y no otra diversa, no haber desarrollado una actividad remunerada o haberla desarrollado en una menor medida y
- c) que el divorcio o nulidad le causen un menoscabo económico<sup>6</sup>.

La correcta lectura del citado precepto da claridad acerca de que la causa inmediata o próxima del menoscabo económico, es el divorcio o la declaración de nulidad. Entonces, se busca compensar el menoscabo que produce el término del matrimonio y cuyas consecuencias negativas se materializarán en el futuro<sup>7</sup>. Si no hay divorcio o nulidad, por mucho que hubieren concurrido las circunstancias del artículo 61, esto es, que el cónyuge se haya postergado profesional o laboralmente por dedicarse a la familia, no habrá menoscabo y, por consiguiente, no nacerá el derecho a la compensación<sup>8</sup>. Seguidamente, aun cuando se decrete el divorcio o la nulidad, la sola concurrencia de las condiciones de las letras (a) y (b), que anteceden, no generan automáticamente

<sup>5</sup> BARRIENTOS GRANDÓN (n. 1), p. 22.

<sup>6</sup> En la doctrina se añade como condición, una de carácter negativo, que quien demanda la compensación no haya dado lugar con su culpa, esto es, que no sea un divorcio fundado en alguna de las causas subjetivas del artículo 54 de la ley. PIZARRO WILSON (n. 1), p. 93. No comparto esta inclusión, pues el inciso final del artículo 62 de la LMC, confiere al juez una facultad: él puede, o denegar la compensación económica o, bien, reducir su cuantía prudencialmente. Concurren todas las condiciones, sin embargo, el juez, discrecionalmente, deniega o rebaja la compensación. Para Hernán Corral, el legislador ha considerado acertadamente como factor de privación o disminución de la compensación económica el que el divorcio se haya declarado por culpa del cónyuge beneficiario. Se trata, agrega el autor, de una facultad optativa para el juez, o denegar totalmente la compensación o disminuir prudencialmente su monto, excluyéndose que el juez tenga la facultad de conceder al culpable la totalidad de la compensación que en teoría proceda. CORRAL TALCIANI (n. 1), p. 34.

<sup>7</sup> Javier Barrientos Grandón diferencia el menoscabo económico de las categorías de daño y perjuicio en sede patrimonial, explicando que el menoscabo económico, que queda a descubierto al verificarse su causa legal próxima –divorcio o nulidad–, se manifiesta como una cierta carencia, cuya causa está en el pasado, que se revela en el presente y cuyos efectos se proyectarán en el futuro: el término del matrimonio por divorcio o nulidad operan como causa legal próxima de menoscabo económico de uno de los cónyuges, en cuanto es esa causa la revela una cierta carencia, que hasta ese momento permanecía oculta bajo el velo de la existencia del matrimonio. BARRIENTOS GRANDÓN (n. 1), pp. 21-22.

<sup>8</sup> Tanto es así que en la práctica judicial el demandado reconvenional de compensación económica se ha desistido en segunda instancia de su demanda de divorcio, haciendo caer la demanda de compensación.

el derecho legal a la compensación, se requiere que tal divorcio o nulidad causen un menoscabo económico al cónyuge y así lo acredite el que se pretende acreedor<sup>9</sup>. La concurrencia de las citadas condiciones otorgan el título para pedir la compensación económica y no el derecho a ella, pues resta por verificar el elemento central: el menoscabo económico.

Por su parte, tal menoscabo económico tiene su causa mediata o remota en las ya tantas veces citadas condiciones del artículo 61<sup>10</sup>. Su origen remoto está en el pasado, en la forma cómo se desarrolló la comunidad de la vida matrimonial.

Entonces, el elemento central de la compensación económica es el menoscabo que experimenta el cónyuge que la pide a consecuencia del divorcio o nulidad. Hace falta, entonces, definir lo que debe entenderse por menoscabo económico.

## II. LA NOCIÓN DE MENOSCABO ECONÓMICO

### 1. *El menoscabo en la doctrina y jurisprudencia*

Ya se ha anticipado que hay oscuridad en torno a la definición del menoscabo económico que constituye el elemento central de la compensación. Tal es la oscuridad, que pueden identificarse, al menos, cinco posiciones bien claras sobre el significado del menoscabo económico:

- 1) pérdida de ganancias o lucro cesante<sup>11</sup> o de una oportunidad de obtener o de una chance<sup>12</sup>;

<sup>9</sup> Véase n. 4.

<sup>10</sup> Javier Barrientos Grandón explica que además de las causas próximas, el menoscabo económico tiene causas remotas que reconducen a los hechos que originaron la situación de carencia, que se revela por su causa próxima en el momento de la ruptura y cuyas consecuencias se proyectarán negativamente en la vida futura de cónyuge. Y agrega que el legislador solamente otorga relevancia jurídica a una causa remota compleja en el menoscabo económico compensable, pues, sin perjuicio de que la carencia que pone de manifiesto el divorcio o la nulidad pudiera arrastrar como consecuencia de múltiples hechos, solamente estima como relevante la que ha consistido en que el cónyuge que la padece, durante el matrimonio se hubiera dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común y que, como consecuencia de ello, no hubiera podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hubiera hecho en menor medida de lo que podía y quería (art. 61 de la LMC), BARRIENTOS GRANDON (n. 1), pp. 25 -26.

<sup>11</sup> En la doctrina el profesor Carlos Pizarro Wilson afirma que la compensación económica comprende todo aquello que no pudo ingresar al patrimonio del cónyuge más débil en razón del sacrificio al término del matrimonio. Entonces, debería procederse a un cálculo del sacrificio económico o empobrecimiento del cónyuge beneficiario al haberse dedicado a tareas no lucrativas o haberlo hecho en menor medida. Más adelante asemeja la compensación económica o, más bien, el menoscabo al lucro cesante. PIZARRO WILSON (n. 1), pp. 87-88. También Javier BARRIENTOS GRANDON-Aránzanzu NOVALES ALQUÉZAR, *Nuevo Derecho matrimonial chileno*, 3ª ed., Santiago, LexisNexis, 2005), p. 425 y CORRAL TALCIANI (n. 1), pp. 29-30.

<sup>12</sup> Entre otras, la sentencia recaída en el recurso 1451/2006, dictada por la Ilustre Corte de Apelaciones de Concepción, de 7 de agosto de 2006, se declara que: “El menoscabo económico

2) desequilibrio económico que deja al cónyuge que la pide en una situación desmejorada para enfrentar el futuro<sup>13, 14</sup>;

es una pérdida patrimonial y no moral. En la pérdida patrimonial, como ha escrito una autora, se pretende cubrir, por un lado, el desequilibrio económico entre los cónyuges que impide a uno enfrentar la vida futura de modo independiente y, por otro, el costo de oportunidad laboral, esto es, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. Este coste, agrega, podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero solo por aproximación, porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener que es distinto” (considerando 5º). Lo mismo en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 29 de agosto de 2006, que declara que el objetivo de la compensación económica es el resarcimiento de la pérdida de la oportunidad de obtener. Sentencia recaída en recurso N° 2090/2006. En la doctrina, Mauricio Tapia Rodríguez es de la opinión que en ciertos supuestos el menoscabo puede adoptar la forma de pérdida de una chance u oportunidad, asumiendo la compensación una naturaleza indemnizatoria. TAPIA RODRÍGUEZ (n. 1), pp. 4-5. También, aunque parcialmente: Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, “La compensación en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, charla efectuada el 13 de octubre de 2005, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2005, p. 13. La profesora expresa que la pérdida patrimonial que se pretende cubrir comprende, a parte del desequilibrio económico entre los cónyuges, el costo de oportunidad laboral que puede asemejarse a la idea de lucro cesante, pero sólo por aproximación porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a la oportunidad de obtener, que es distinto.

<sup>13</sup> En la sentencia dictada el 7 de agosto de 2006 por la Corte de Apelaciones de Concepción, recaída en el recurso 1.451-2006, se declara que con la compensación económica se pretende reparar, por una parte, el desequilibrio económico entre los cónyuges que impide a uno enfrentar la vida futura en forma independiente y, por otra parte, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral del cónyuge que se ha dedicado al cuidado de la familia. También, la sentencia recaída en el recurso 249/2006, dictada por la Ilustre Corte de Apelaciones de Concepción, el 18 de octubre de 2006, se declara expresamente que el menoscabo económico que conduce a la compensación, no constituye un perjuicio o daño que haya que evaluar como pretende la recurrente, cuando señala que la sentencia no dilucidó adecuadamente la cuantificación de los perjuicios sufridos por su parte. No resulta aceptable plantear cuánto dinero velen veinte años en la vida de una persona, refiriéndose la recurrente al período que dice haber dedicado al cuidado de los hijos y del hogar. El menoscabo económico es el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio como consecuencia del hecho esencial de haber dedicado la mujer un prolongado período de su vida al cuidado de los hijos y del hogar, postergando su desarrollo personal que le habría permitido acceder a una actividad remunerada (considerando 3º). En la doctrina, identificando el menoscabo con el desequilibrio económico: VIDAL OLIVARES (n. 1), p. 258. También DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 12), p. 13. Debe hacerse presente que la profesora Domínguez incorpora, además, aunque con ciertas dudas, la pérdida de la oportunidad de obtener.

<sup>14</sup> Pudiendo añadirse una cuarta posición que le atribuye a la compensación económica una naturaleza jurídica funcional, concibiendo el menoscabo económico, en algunos casos, como el estado de necesidad propio del derecho de alimentos, en otros como lucro cesante o pérdida de una *chance*. TAPIA RODRÍGUEZ (n. 1). La sentencia de 3 de mayo de 2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, recaída en el recurso rol N° 1.161-2005, sostiene que la compensación económica es funcional a los modelos de familia y a las diversas realidades que siguen a la ruptura, y que, en este caso, estaríamos ante una sentencia de carácter asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en el tiempo y en su entidad.

- 3) el valor del trabajo doméstico del cónyuge que se dedicó a la familia<sup>15</sup>;
- 4) la pérdida de los beneficios que implica el estatuto protector del matrimonio<sup>16</sup> y, recientemente,
- 5) una carencia patrimonial que producirá sus efectos nocivos hacia el futuro<sup>17</sup>.

Detrás de cada significado de menoscabo económico, se halla una forma determinada de entender la compensación económica.

En un primer trabajo, muy influenciado por el Derecho Civil y doctrina española, me incline por identificar el menoscabo con el desequilibrio económico fundante de la compensatoria española. Me parece que esta forma de entender el menoscabo económico debe ser revisada y así dar claridad sobre el objeto de la compensación económica. Cabe consignar que este modo de entender el menoscabo como desequilibrio económico es compartida por algunos autores<sup>18</sup> y ha tenido acogida en la jurisprudencia. Esta consideración implica asumir y aceptar que en la compensación económica el menoscabo se revela en el presente, pero proyecta sus consecuencias negativas al futuro, pudiendo empeorar la situación económica del cónyuge acreedor.

Se pueden citar las siguientes sentencias que entienden el menoscabo como desequilibrio de posiciones económicas de los cónyuges.

- a) La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en su sentencia de 29 de junio de 2007, en la que se lee:

“el desequilibrio económico a propósito del divorcio o nulidad en uno de los cónyuges lo habilita para demandar la compensación económica. De ahí que si bien el menoscabo económico justifique la

---

<sup>15</sup> En un trabajo reciente la profesora Susan Turner es de la opinión que el trabajo doméstico constituye un óptimo posible de compensar a modo de referente para sopesar el trabajo efectivamente realizado. Constituye un máximo compensable al que el cónyuge beneficiario puede acceder, aunque reconoce que ese monto máximo no es una cifra fija única generalmente aplicable, sino que dependerá, en cada caso concreto, de las circunstancias que el cónyuge beneficiario logre acreditar como configuradoras de su menoscabo económico. Susan TURNER SAELZER, “La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica”, en Hernán CORRAL TALCIANI y María Sara RODRÍGUEZ PINTO (coord.), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 219.

<sup>16</sup> En este sentido CORRAL TALCIANI (n. 1), p. 25.

<sup>17</sup> BARRIENTOS GRANDON (n. 1), pp. 28-29.

<sup>18</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 12), p. 13; Gustavo CUEVAS M., “Indemnizaciones reparatorias de la Nueva Ley de Matrimonio Civil (N° 19.947)”, en *Curso de Actualización Jurídica: Nuevas tendencias en el Derecho Civil*, Santiago, Universidad del Desarrollo, 2006, p. 75; Carlos PEÑA GONZÁLEZ, “Seminario nueva Ley de Matrimonio Civil”, en serie *Charlas del Colegio de Abogados de Chile A.G.*, Santiago, 2004, p. 69.

admisión de la compensación económica, los parámetros para fijar su monto estén más bien centrados en la situación actual del cónyuge beneficiario y su futura vida”<sup>19</sup>;

- b) la Corte de Apelaciones de Santiago, en su sentencia de 12 de julio de 2007, se lee:

“que para que se origine el derecho a compensación económica es necesario que se cumplan los requisitos que el propio legislador ha contemplado al definir el beneficio en su artículo 61 de la ley 19.947. De manera tal, que esta no tiene por finalidad compensar todo y cualquier desequilibrio patrimonial entre las partes durante el matrimonio y después de la declaración de divorcio, sino sólo aquel que sufre el cónyuge que se empobreció a consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos y o a las labores propias del hogar común, o percibió menos ingresos de lo que quería o podía”<sup>20</sup>;

- c) la Corte de Apelaciones de Concepción, en su sentencia de 18 de octubre de 2006, declara:

“el menoscabo económico que conduce a la compensación, no constituye un perjuicio o daño que haya que evaluar, sino que el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio como consecuencia del hecho esencial de haber dedicado la mujer un prolongado período de su vida al cuidado de los hijos del hogar, postergando su desarrollo personal que le habría permitido acceder a una actividad remunerada”<sup>21</sup>;

---

<sup>19</sup> Sentencia recaída en el recurso N° 1317-2006. Se contrajo matrimonio en 1986. Durante los quince años de convivencia, la mujer crió a los hijos dedicándose a su cuidado y a las labores propias del hogar común, sin ejercer una profesión u oficio remunerados.

<sup>20</sup> Sentencia recaída en recurso N° 1119-2007. Los cónyuges contrajeron matrimonio en 1993 bajo el régimen de separación de bienes, naciendo de dicho matrimonio dos hijos comunes. La convivencia cesó en 1999 debido a profundas desavenencias. Ella tiene a la fecha treinta y ocho años. Antes de casarse, ella trabajaba en LADECO, y cuando comenzó la convivencia, ella renunció, dedicándose a ser cónyuge, incluso, antes de contraer matrimonio. La situación patrimonial de ambos es disímil, pues ella sólo es dueña de un bien raíz avaluado en 2.500 UF y de un automóvil, poseyendo él, en cambio, una serie de propiedades. Además, según ella, se encuentra enferma, debiendo asistir a siquiatria y a psicólogo, esto último principalmente debido al maltrato sufrido de su marido.

<sup>21</sup> Sentencia recaída en el recurso N° 249-2006. Se expresa que el hecho de que el cónyuge haya adquirido durante el transcurso de su vida matrimonial un bien raíz con fondos de su patrimonio reservado, pone de manifiesto que en algún período de la vida conyugal la mujer

- d) la Corte de Apelaciones de Concepción, en su sentencia de 12 de septiembre de 2006, se lee:

“de modo, pues, que en el centro de esta figura se halla el concepto de menoscabo económico, esto es, el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio para enfrentar sus vidas separadas en el futuro. La compensación económica, en efecto, sin perjuicio que mira hacia atrás, para determinar si habrá derecho a ella, tiene el propósito de compensar el efecto del menoscabo en el futuro”<sup>22</sup>;

- e) la Corte de Apelaciones de Santiago, en su sentencia de 21 de diciembre de 2006, expresa:

“la compensación económica a que se refiere el artículo 61 de la ley 19.947 sobre matrimonio civil, es una cantidad de dinero o especies que tienden a equilibrar la situación de la mujer que por dedicarse al hogar común y a la crianza de los hijos, no tuvo el tiempo ni la oportunidad de poder desarrollarse en su persona, para poder sustentarse por sí misma económicamente, acorde con el estatus en que se desarrolló”<sup>23</sup>; y

- e) la Corte de Apelaciones de Chillán, en su sentencia de 13 de julio de 2006, declara:

“que lo que habilita a uno de los cónyuges para demandar la compensación es el desequilibrio económico a propósito del divorcio. De

estuvo en situación de desarrollar una actividad remunerada que le permitió tal inversión. Por otro lado, el hecho de que el matrimonio y su familia hayan vivido en casa de los padres de la mujer, demuestra que el cónyuge recurrente tuvo también la ayuda de sus ascendientes para el cuidado de los hijos y del hogar de todos y que ello le permitió a la actora reconventional desarrollar una actividad remunerada.

<sup>22</sup> Sentencia recaída en el recurso N° 1275-2006. Los cónyuges contrajeron matrimonio en 1976, y cesaron su convivencia efectiva el año de 1990, con posterioridad a esa fecha la demandante jamás demandó alimentos para sí, ni menos existe constancia que lo hubieran hecho sus hijas. Durante el matrimonio la actora adquirió a título oneroso un inmueble, actuando dentro del patrimonio reservado establecido en el artículo 150 del CCCh. El demandado ha presentado crónicas y graves dolencias cardíacas, encontrándose jubilado de la Armada, con cincuenta y siete años de edad.

<sup>23</sup> Sentencia recaída en el recurso N° 4165-2006. Los cónyuges contrajeron matrimonio en 1958, bajo el régimen de sociedad conyugal, el que se sustituyó por el de separación total de bienes, en julio de 1968. Del matrimonio nacieron tres hijas, todas mayores de edad. La vida en común se prolongó durante veintinueve años, es decir, hasta 1987.

consiguiente, si bien el menoscabo económico justifica la admisión de la compensación, los parámetros para fijar su monto están más bien centrados en la situación actual del cónyuge beneficiario y su vida futura”<sup>24</sup>.

Hay acuerdo en la doctrina en orden a que la expresión ‘menoscabo’ evoca a un detrimento, a una carencia, a una disminución patrimonial que afecta la vida futura y separada del cónyuge que lo experimenta. Sin embargo, como acertadamente lo afirma Javier Barrientos Grandon en su último trabajo, es impropio entender el menoscabo económico simplemente como aquello que dejó de ganar o dejó de obtener el cónyuge que aparece situado en la posición de acreedor del derecho de compensación económica (art. 61 de la LMC), ni menos como la simple pérdida de una oportunidad de obtener. El autor observa, con acierto, que la doctrina y jurisprudencia han asumido de manera superficial la tarea de determinar el significado de menoscabo económico, sin prestarle mayor atención, entre otras razones, porque han obrado en muchos casos, con la precomprensión de identificarlo o leerlo a la luz de alguna categoría o noción previa del Derecho Patrimonial, como la ya citada del lucro cesante o las más genéricas de daño o perjuicio<sup>25</sup>.

En lo que queda de este trabajo intentaré definir el menoscabo económico teniendo en cuenta que la compensación económica es un derecho patrimonial de naturaleza familiar y que, por lo tanto, tiene naturaleza jurídica propia, sin ser posible acoplarla directamente a alguna categoría preexistente del Derecho Civil patrimonial.

## 2. La noción de menoscabo económico

Ya se ha explicado que la concurrencia de las dos primeras condiciones del artículo 61 no genera automáticamente el derecho a la compensación económica, desde que el menoscabo no se identifica con el no haber trabajado y, consiguientemente, con lo que se dejó de percibir o la oportunidad de

<sup>24</sup> Sentencia recaída en el recurso N° 102-2006. Del matrimonio no nacieron hijos. Durante éste ella administraba un jardín infantil, el cual le habría puesto el marido, trabajando con posterioridad en forma independiente. Del cuidado del hogar se encargaba una asesora doméstica contratada al efecto. En 1990 los cónyuges pactaron separación total de bienes y liquidaron la sociedad conyugal; vendiéndole la actora una propiedad en \$14.000.000, que se pagaron al contado; siendo dueña ella, además, de un predio ubicado en Cobquecura y del resto de un predio agrícola, del cual vendió tres lotes. Actualmente, la actora sufre de estrés y surmenage secundario; y ha sufrido el embargo, por el Banco Santander Chile, del inmueble donde habita.

<sup>25</sup> BARRIENTOS GRANDON (n. 1), p. 20.

hacerlo. La concurrencia de estas condiciones, unidas al divorcio o nulidad, confiere un título legal para pedir la compensación, quedando pendiente la comprobación del menoscabo, para lo cual es decisivo el artículo 62 de la LMC, que permite determinar si ese cónyuge –el del art. 61– experimentará, o no, un menoscabo a causa del divorcio o la nulidad<sup>26</sup>. A la hora de determinar la existencia del menoscabo y su magnitud se considerará primeramente la dedicación a la familia y consiguiente postergación laboral, pero tal determinación siempre quedará condicionada por las restantes circunstancias, las del artículo 62 de la LMC. Será la primera circunstancia a tener en cuenta, pero ella no necesariamente conducirá a la declaración del derecho a compensación a favor del que la pretende.

#### a. El pasado, presente y futuro

Es posible dibujar una verdadera secuencia causal a partir de la distribución de papeles al interior de la comunidad de vida surgida al contraerse el matrimonio –en un intento de compatibilizar la vida doméstica con la actividad laboral– y que culmina con su terminación; secuencia causal que permite apreciar en qué consiste el menoscabo económico en tanto eje central de la compensación económica. En esta secuencia hay un pasado, un presente y un futuro<sup>27</sup>.

##### i) Un pasado

En el pasado está el empobrecimiento que se va acumulando a medida que pasa el tiempo de duración de la vida en común; empobrecimiento que se arrastra, pero que pasa desapercibido y que se justifica si se mira el trabajo doméstico de quien pide la compensación como una forma de cumplir en especie el deber de socorro que impone el matrimonio a ambos cónyuges y, también, porque, quiérase o no, ese cónyuge participa de un estatus económico que se ha ido formando a medida que el otro cónyuge –eventual deudor de compensación– cumple en dinero con el mismo deber. Como dije, vigente el matrimonio y la vida

<sup>26</sup> En este sentido BARRIENTOS GRANDON (n. 2), p. 27; GUERRERO BECAR (n. 3), pp. 63-64. Susan TURNER SAEZLER, “Las circunstancias de artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función”, en Juan Andrés VARAS BRAUN y Susan TURNER SAEZLER (coords.), *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valdivia, LexisNexis, 2005, p. 485 y ss. En contra CORRAL TALCIANI (n. 1), pp. 23-40. El profesor Hernán Corral de manera inexplicable ve en las circunstancias del artículo 62 de la LMC causas independientes de compensación económica que se suman a la prototípica –como él denomina– del artículo 61 de la LMC.

<sup>27</sup> El profesor Javier Barrientos Grandon distingue también e identifica tres momentos relevantes: el pasado, el presente y el futuro. Para el autor el menoscabo económico es una cierta carencia patrimonial cuya causa está en el pasado, pero que se revela en el presente y cuyos efectos se proyectarán en el futuro. BARRIENTOS GRANDON (n. 1), pp. 28-29.

marital, tal empobrecimiento pasa desapercibido, es irrelevante a los ojos del Derecho.

ii) Un presente

En el presente está la ruptura de matrimonio –el divorcio o la nulidad– que hace desaparecer lo que habría justificado en el tiempo tal empobrecimiento. En ese instante se produce la disparidad de la que se habla y que se manifiesta en una carencia económica para el cónyuge que pide compensación, ahora su dependencia económica, al desaparecer el matrimonio, le perjudica.

iii) Un futuro

En el futuro se halla el empeoramiento de la situación económica que experimentará el cónyuge del supuesto típico del artículo 61 si es que no media la reacción; la terminación del matrimonio con la carencia que trae aparejada implicará un descenso en su nivel de vida, el que contrasta abiertamente con aquél del que participaba, en parte, gracias a su aportación en especie, su trabajo doméstico. Esa consecuencia debe ser frenada, dado que repugna al ordenamiento jurídico.

b. La estructura compleja de la noción de menoscabo y sus dimensiones

i) La estructura compleja

De lo hasta aquí expresado, la noción de menoscabo económico es compleja, pudiendo observarse que ella está dotada de una estructura que le sirve de soporte y la explica. Esta estructura refiere a los siguientes elementos, que ahora describo, procurando ser extremadamente didáctico a favor de una mejor comprensión por parte del lector.

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

En segundo lugar, admite dos dimensiones. Una que se manifiesta en la disparidad económica que es el resultado concreto de que el empobrecimiento arrastrado en el tiempo deja de tener una causa que lo justifique.

Los cónyuges abiertamente quedan en un pie de desigualdad para enfrentar una vida separada en el futuro. El cónyuge dedicado a la familia, o perdió su autonomía económica o nunca la adquirió. Esta dimensión se materializa en una carencia de medios para enfrentar la vida futura y separada. La otra dimensión es consecuencia necesaria de la primera y consiste en el inminente empeoramiento que sufrirá en el futuro el cónyuge del supuesto del artículo 61, y que tiene título y derecho a la compensación económica.

Esta estructura coincide plenamente, con algunas variaciones, con instituciones análogas en el Derecho Comparado, en las que se renuncia a los alimentos posmatrimoniales –como en el Derecho alemán– y se opta por mecanismos de compensación o compensatorios. En especial, debe considerarse el sistema español que, aunque la doctrina nacional se resista, sí que se tuvo a la vista a la hora de construir lo que acabó como compensación económica en la ley de matrimonio civil<sup>28</sup>. Tanto en el caso español como en el francés se trata de corregir desequilibrios o disparidades económicas con la finalidad de evitar un empeoramiento futuro. El problema es que la doctrina nacional insiste en que aquí se instauró una figura nueva desvinculada de cualquiera otra en el Derecho Comparado; ello, verdaderamente, es un desacierto.

Todo lo expresado precedentemente resulta de diferenciar de manera clara el fundamento, el por qué se confiere el derecho a la compensación; de la noción misma de menoscabo y, por último, del objeto de la compensación económica. A ello se aproxima el profesor Carlos Pizarro cuando alude a esa especie de compromiso del legislador, sin bien lo que hay en la compensación es un empobrecimiento injusto –como lo califica jurídicamente–, sin embargo, al determinar la cuantía de la compensación no se toma en cuenta la merma en que se traduce tal empobrecimiento, sino que se está a la situación presente y a las expectativas futuras del cónyuge beneficiario con la finalidad de evitar que éste quede expuesto a una situación de precariedad económica<sup>29</sup>.

## CONCLUSIONES

- 1) El menoscabo económico es aquella disparidad entre los cónyuges que surge como consecuencia inmediata del divorcio o declaración de nulidad y que se materializa en una carencia patrimonial que puede ocasionar un empeoramiento económico futuro del cónyuge que lo padece.

<sup>28</sup> Reconociendo la influencia del derecho civil español DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 12), p. 8; Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, en *Actualidad Jurídica*, año 7, N° 15, Santiago, enero 2007, p. 84.

<sup>29</sup> PIZARRO WILSON (n. 1), p. 91.

- 2) Las consecuencias que se siguen de entender de esta manera el menoscabo económico son:
- a) El sólo hecho de no trabajar o de hacerlo en una menor medida que la que quería y podía, por dedicarse al hogar o a los hijos, no constituye *per se* un menoscabo económico para el cónyuge que la pide. Para el legislador ésta es la causa mediata o remota de menoscabo, quedando excluida cualquiera otra. Esta circunstancia, unida a las restantes del artículo 62 de la LMC, son elementos que el juez considerará para determinar la existencia y magnitud del menoscabo.
  - b) La noción de menoscabo que se ofrece permite justificar las circunstancias del artículo 62 de la LMC, al situar al juez en dos momentos relevantes, el presente y un futuro que se proyecta previsiblemente. Y la función de estas circunstancias es doble, de un extremo permiten configurar el menoscabo y su intensidad y, de otro, cuantificar la compensación económica.
  - c) La determinación de la existencia e intensidad del menoscabo exige considerar la situación del cónyuge demandado, inevitablemente el juez deberá comparar su situación con la demandante, cobrando relevancia, la edad, el estado de salud y la situación patrimonial. Por consiguiente, pese a que concurra el supuesto del artículo 61, el juez, considerando las circunstancias del art. 62, podría perfectamente concluir que no se producirá menoscabo a consecuencia del divorcio; o que éste será de menor entidad. Por ejemplo, las posibilidades de acceso al mercado laboral, la misma situación patrimonial o las propias circunstancias del demandado.
  - d) La compensación económica mira hacia el futuro y se confunde con una suma de dinero o una prestación adecuada para enfrentar la vida futura separada, de forma que se evite la materialización de un empobrecimiento, a esas alturas injustificado para ese cónyuge. Ello deberá considerarse a la hora de cuantificar la compensación.
  - e) El objeto de la compensación permitirá al juez cuantificar la compensación económica, sin quedar vinculado a la entidad o medida del empobrecimiento que le sirve de fundamento. El juez, considerando las circunstancias del artículo 62 de la LMC y otras que estime pertinentes, deberá proporcionar al cónyuge acreedor una suma de dinero o una prestación en especie, o ambas, combinadamente (artículo 65 de la LMC), que le permita rehacer su vida y así alcanzar un estatus económico autónomo.



# EL PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL\*

*Carlos Pizarro Wilson*

## INTRODUCCIÓN

El legislador se ha pronunciado en forma específica sobre las formas de pago que puede asumir la compensación económica una vez determinada su procedencia. El juez debe determinar la forma de pago en la sentencia, para lo cual el legislador lo provee de varias posibilidades. La primera tarea del juez será fijar un monto de dinero que represente el menoscabo económico a compensar por el cónyuge deudor. Así lo expresa el artículo 64 de la LMC al indicar que faltando el acuerdo de los cónyuges para determinar la compensación económica, corresponderá al juez determinar su procedencia y fijar su monto. Esta afirmación es importante, pues exige, por parte del juez, cuantificar la compensación económica en una suma de dinero, para luego, en una segunda operación, proceder a establecer las modalidades de su pago.

Para dicho cometido, la primera opción consiste en otorgar la suma de dinero ya determinada, adjudicar acciones u otros bienes, según dispone el artículo 65 de la LMC. Ahora, si se trata de dinero, la ley permite al juez que contemple el pago en una o varias cuotas reajustables, pero en esta última opción “fijará seguridades para el pago”.

La segunda posibilidad consiste en la constitución de determinados derechos reales, usufructo, uso o habitación en bienes del cónyuge deudor.

Por último, se contempla con carácter residual, bajo el supuesto de que el cónyuge deudor carezca de bienes suficientes para el pago, la división del mismo en cuotas que deberán expresarse en una unidad reajutable. Esta alternativa sólo es procedente bajo condición de que el cónyuge deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar la deuda mediante alguna de las modalidades precedentes.

Las precedentes reglas constituyen el marco legal para determinar la modalidad del pago de la compensación económica<sup>1</sup>.

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT N° 1070731 sobre “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil”.

<sup>1</sup> En términos generales la doctrina se ha referido a estas cuestiones. Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, Charla efectuada el

A casi cinco años de la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil puede resultar útil auscultar cómo los jueces han establecido las modalidades del pago de la compensación económica. En otros términos fijar cuál ha sido la jurisprudencia sobre la forma del pago y los problemas que se han originado.

Para el estudio jurisprudencial hemos analizado cincuenta y dos causas entre los años 2006 y 2007 escogidas del universo de doscientas ochenta y seis sentencias de divorcios en que intervino la Corte Suprema en el año 2007. Con todo, en cinco casos no existía información relevante sobre la compensación económica, lo que reduce la muestra a cuarenta y siete causas<sup>2</sup>. Además, en la totalidad de las causas la requirente fue la mujer.

¿Qué comentarios suscita esta jurisprudencia?

### 1. LA DISTINCIÓN NECESARIA EN LOS PAGOS EN CUOTAS DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Las sentencias analizadas muestran una clara tendencia a fijar la compensación en una suma de dinero dividiendo su pago en cuotas reajustables, mensuales y sucesivas en el tiempo<sup>3</sup>.

Sin embargo, según se explicó en el preámbulo de este trabajo, existen dos escenarios en que la compensación puede quedar sujeta a la modalidad de pago en cuotas. La primera, refiere a la hipótesis en que el juez fija una suma de dinero única, la cual puede solucionarse de una vez o a discreción judicial se decide parcelarla en cuotas. En este caso en forma imperativa debe indicarse cuotas sucesivas reajustables, y lo más importante, el juez está compelido de manera imperativa a establecer seguridades para el pago.

La otra posibilidad que consagra la ley para el pago en cuotas tiene una naturaleza residual o subsidiaria de la precedente y, también, respecto a aquella de constitución de derechos reales específicos. Se trata de la hipótesis del artículo 66, que admite la división en cuotas para el caso de que el cónyuge

13 de octubre de 2005, en *Revista del abogado, serie conferencias*, Santiago, 2005, p. 25 y ss.; Álvaro VIDAL OLIVARES, “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en Álvaro Vidal Olivares (coord.), *El nuevo derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006; Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, en *Folleto Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, Colegio de Abogados, 2005, p. 16.

<sup>2</sup> El análisis estadístico fue realizado por la socióloga María José Azocar, académica de la Universidad Diego Portales, a quien le agradezco su trabajo. En lo que sigue la información estadística que se indique forma parte del informe elaborado por la referida académica.

<sup>3</sup> Así se esperaba, *vid.* DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 1), p. 24; Carlos PIZARRO WILSON, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, 2004, p. 100.

deudor, en atención a su situación económica, no pueda pagarla de una vez. La diferencia con el caso anterior es sutil, pues sólo estaría en que ahora el juez debe verificar la situación patrimonial del cónyuge deudor y en el evento que asuma la convicción que no puede pagar de una vez, admitirá la parcelación del pago. Se agrega a este deber de fundar la división en la situación patrimonial del cónyuge deudor, la diferencia acerca de las seguridades o garantías para el pago de las cuotas. Mientras en la hipótesis del artículo 65 el juez debe establecer garantías para la seguridad del pago, en aquélla del artículo 66 el cónyuge deudor puede ofrecer garantías y si no lo hace o no puede realizarlo, sólo en ese caso, la falta de pago de cualquiera de las cuotas se considerará alimentos para efectos de su incumplimiento aplicándose los apremios dispuestos en la ley sobre alimentos.

La distinción entre ambas hipótesis no es nítida en la jurisprudencia, por no decir que lisa y llanamente se desconoce. Los jueces suelen fijar el pago de la compensación incumpliendo ambas exigencias. No se establecen seguridades para el pago en aplicación del artículo 65 de la LMC, ni tampoco se justifica por la situación patrimonial del cónyuge deudor la división en cuotas en consideración al artículo 66.

En una causa fallada por la Corte de Apelaciones de Santiago, se demandó compensación en forma subsidiaria, en lo principal doscientos millones, más un inmueble en propiedad; en subsidio ciento cincuenta millones, más el mismo inmueble, en subsidio cien millones y el inmueble, y en subsidio de todo eso ochenta millones y el inmueble y una renta vitalicia como carga en la ISAPRE del demandado en un plan igual o mejor al actual y un seguro complementario de salud. En subsidio, los bienes muebles e inmuebles que el tribunal determine. La sentencia que rechazó la compensación económica por no concurrir el necesario empobrecimiento o menoscabo económico en el cónyuge requirente, fue revocada por la Corte de Apelaciones, estableciendo como monto único la suma de cuarenta millones de pesos, cuyo pago se determinó pagar en veinte cuotas mensuales, iguales y sucesivas<sup>4</sup>. En este caso no parece haberse aplicado el artículo 66 de la LMC, pues la situación patrimonial del cónyuge deudor no lo justificaba, sin que tampoco se hayan establecido seguridades para el pago según lo exige el artículo 65 de la LMC.

La misma incertidumbre se verifica en sentencia fallada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta:

“Que para determinar el monto de la compensación económica debe tomarse en consideración la vida en común que tuvieron las partes, la

---

<sup>4</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, N° 1576-2006.

situación patrimonial del demandado reconvenicional, fijándose en consecuencia en la suma de UF 3.200 que deberán pagarse en treinta y dos unidades de fomento mensuales durante cien meses consecutivos”<sup>5</sup>.

La misma Corte, en otra causa, revocando la sentencia que rechazaba la compensación económica, determinó:

“que se acoge la misma, fijándose como compensación económica... la suma de un millón de pesos, en una cuota de doscientos mil pesos, dentro de los primeros sesenta días... y veinte cuotas mensuales de cuarenta mil pesos...”<sup>6</sup>.

La Corte de Concepción procede de la misma manera:

“debe pagar la suma de 90 Unidades Tributarias Mensuales, que se solucionarán a lo largo de cinco años, en cuotas mensuales 1,5 UTM, según el valor de la unidad económica al momento del pago...”<sup>7</sup>.

Otro tanto ocurre con sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena que, revocando la sentencia que negaba la compensación, señaló que: “se hace lugar a ella, determinándose ésta en el equivalente a ochocientas unidades de fomento, que se pagarán en seis cuotas iguales bimestrales...”<sup>8</sup>.

Estos ejemplos muestran una tendencia a no distinguir las hipótesis diversas en cuanto a la forma de pago que consagran el artículo 64 y el artículo 66 de la LMC. La ausencia de cumplimiento de establecer seguridades para el pago en la primera situación constituye un error de derecho posible de enmendarse por casación en el fondo. Se verifica una infracción de ley y, aunque podría dudarse sobre la influencia en lo resolutivo del fallo, lo cierto es que su implicancia es relevante, pues deja al cónyuge deudor sin la seguridad necesaria exigida por el legislador para el caso de incumplimiento.

En contraste con la jurisprudencia precedente, en una sentencia excepcional se determinó como seguridad para el pago una cláusula de aceleración de fuente judicial.

“Esta Corte estima del caso regular la compensación debatida en una suma de dinero solucionable en cuotas, en que el no pago de una de ellas

---

<sup>5</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol N° 1317-2006..

<sup>6</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 31 de octubre de 2005, rol 755-2005.

<sup>7</sup> Corte de Apelaciones de Concepción 27 de marzo de 2006, rol 2166-2005.

<sup>8</sup> Corte de Apelaciones de La Serena, 2 de diciembre de 2005, rol 977-2005.

haga exigible el total, lo que se hace en la suma total y única de 993,6 Unidades de Fomento (equivalentes a la fecha de este fallo a \$18.023.218), que podrán ser sufragadas (sic) en 180 cuotas mensuales...”.

Y agrega:

“El no pago de una de las cuotas hará exigible el total señalado, como de plazo vencido; y en tal caso, se devengarán, además, intereses corrientes”.<sup>9</sup>

Se trata de una seguridad para el pago que había sido propuesta por la doctrina<sup>10</sup>.

Además, al no distinguir la forma de pago del artículo 64 de la LMC de aquélla del artículo 66 de la LMC, no se otorga la necesaria claridad sobre cuáles incumplimientos, en caso de que no existan garantías, admiten la aplicación de los apremios previstos en la ley de alimentos.

Por consiguiente, la jurisprudencia debiera avanzar en la nítida distinción de ambas hipótesis, no sólo en cuanto a sus condiciones sino, también, sobre los efectos de las mismas.

## 2. LA DISPARIDAD EN LAS UNIDADES REAJUSTABLES

Tanto la forma de pago en cuotas del artículo 65 de la LMC como aquélla del artículo 66 de la LMC exige al juez expresarla en una unidad reajutable. Sin embargo, la jurisprudencia muestra una cierta irregularidad en cuanto al cumplimiento de esta exigencia y, por otra parte, existe una pluralidad de unidades reajustables utilizadas que conspiran contra el acceso a la justicia, entendido como la necesaria comprensión del justiciable.

En algunos casos, excepcionales, no se menciona unidad reajutable alguna, incumpliendo el imperativo legal. En este sentido la Corte de Apelaciones de Antofagasta:

---

<sup>9</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, 20 de junio de 2006, rol 529-2006.

<sup>10</sup> En opinión de la profesora Maricruz Gómez de la Torre, a propósito de la forma de pago, sostiene que: “si se paga en cuotas, el valor de ésta se expresará en una unidad reajutable. El juez deberá determinar seguridades para que se haga efectivo el pago. Para ello, podrá ordenar la constitución de una caución por parte del cónyuge deudor, o disponer que el empleador del cónyuge retenga el monto a pagar, deduciéndolo de su remuneración... Podría también establecer una cláusula de aceleración del crédito, en el evento de que el cónyuge no pague una o más de las cuotas en que se hubiere dividido la deuda”, GÓMEZ DE LA TORRE (n. 1), p. 16.

“se fijará como compensación económica para la demandada, la suma de \$ 9.000.000 (nueve millones de pesos) que pagará el demandado en sesenta cuotas mensuales de \$ 150.000 cada una”<sup>11</sup>.

El mismo error en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción en que “Se condena al pago de 500.000 pesos en cuotas iguales mensuales en un plazo de veinticuatro meses...”<sup>12</sup>.

Sin embargo, en la mayoría de los casos se expresa alguna, aunque con una pluralidad de criterios importante.

Es usual que se utilice la UF como unidad reajutable. En este sentido la Corte de Rancagua que fija en 1.493 UF, equivalente a la fecha a \$26.999.849, las que deberán pagarse en ciento ochenta cuotas mensuales e iguales de 8,29 UF<sup>13</sup>.

En otro gran grupo se determina según el IPC. La Corte de Valparaíso, por ejemplo, al revocar la sentencia de primera instancia que negaba la compensación “determina la suma de 15.000.000 por ese concepto, otorgándosele un plazo de diez meses, debiendo reajustarse conforme al índice de precio del consumidor”<sup>14</sup>. En el mismo sentido La Corte de Valparaíso fijó la compensación en \$10.000.000 divididos en cien cuotas mensuales de \$100.000 cada una de ellas, las que se reajustarán cada doce meses de acuerdo con la variación que sufra el IPC<sup>15</sup>. El mismo criterio

“...esta Corte estima equitativo fijar la compensación económica que debe pagar don XXX en la suma de \$4.800.000 que se pagarán en 48 cuotas mensuales, iguales y sucesivas de \$ 100.000 cada una debidamente reajustada en la misma proporción que varíe el Índice de Precios al Consumidor...”<sup>16</sup>.

Y, por último, se reitera el índice en la Corte de La Serena, aunque se trate de una compensación con claro carácter alimenticio según la propia sentencia: “se fija como compensación la equivalente a 70 cuotas mensuales de \$40.000, reajustables cada doce meses según el Índice de Precios del Consumidor”<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29 de mayo de 2006, rol 225-2006.

<sup>12</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, rol 161-2007, 31 de julio de 2007.

<sup>13</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, 25 de mayo de 2006, rol 266-2006.

<sup>14</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de agosto de 2006, rol 1511-2006.

<sup>15</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de noviembre de 2007, rol 3164-2007.

<sup>16</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 2 de octubre de 2006, rol 217-2006.

<sup>17</sup> Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de julio de 2006, rol 821-2006.

Una unidad reajutable menos utilizada en la práctica es recurrir al ingreso mínimo mensual. En particular la Corte de Antofagasta:

“Se fija en \$8.640.000 pagaderos en 60 cuotas mensuales, sucesivas equivalentes a un ingreso mínimo mensual, fijados para los efectos remuneracionales o incrementado, a la fecha \$144.000, sin reajustes ni intereses, dada la característica de la unidad utilizada”<sup>18</sup>.

En el mismo sentido se accede a la compensación económica:

“debiendo pagar a título de compensación económica la suma de doce millones de pesos en cuarenta y ocho cuotas iguales, mensuales y sucesivas de 250.000 mil pesos cada una en los primeros cinco años..., cuotas que deberán reajustarse según la variación que experimente el ingreso mínimo mensual...”<sup>19</sup>.

Y aplicando la misma unidad reajutable:

“Se fija en la suma de ciento ochenta ingresos mínimos mensuales incrementados para los efectos remuneracionales, pagaderos en cuotas mensuales y sucesivas ascendente a tres ingresos mínimos mensuales remuneracionales (actualmente \$432.000) durante sesenta meses, como compensación del menoscabo sufrido”<sup>20</sup>.

Se puede observar un porcentaje alto de cumplimiento en la expresión de alguna unidad reajutable para el pago de la compensación económica fijada en cuotas. Es deseable una mayor uniformidad para hacer más accesibles dichos criterios. Pareciera sensato no recurrir a la unidad de sueldos mínimos mensuales y privilegiar la UF o el IPC. Con todo, no se percibe aquí un problema relevante en la práctica jurisprudencial.

### 3. LA SOLUCIÓN EN UN SOLO PAGO, LA EXCEPCIÓN

Según se esperaba, dada la realidad socioeconómica de nuestro país, el pago de una sola vez constituye una excepción en la jurisprudencia nacional. Dada la situación económica del demandado es raro que el juez condene al pago de la compensación de una sola vez. Algunos casos hemos encontrado.

<sup>18</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 25 de septiembre de 2007, rol 177-2007.

<sup>19</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de mayo de 2007, rol 1309-2006.

<sup>20</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18 de octubre de 2007, rol 371-2007.

En otra sentencia se condena al pago de la suma única de \$10.000.000, la que deberá pagarse dentro de treinta días de ejecutoriada la sentencia. Se había solicitado la suma de \$20.000.000<sup>21</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago, revocando la sentencia que negaba lugar a la compensación, la acoge y se fija en \$24.000.000<sup>22</sup>. En otra sentencia de la Corte de Rancagua se condena a pagar al contado la suma única de \$5.000.000, más reajustes e intereses a partir que la sentencia quede ejecutoriada<sup>23</sup>. En otros dos casos de Santiago encontramos también un pago único. La Corte señaló que:

“resulta procedente estimar como monto total de la compensación económica a que tiene derecho la actora la suma de cincuenta millones de pesos, la que será pagada de una sola vez, mediante depósito en la cuenta corriente de la demandante reconventional...”<sup>24</sup>.

Y el 30° Juzgado Civil de Santiago en una compensación muy modesta indicó que se fija la compensación económica en la suma de \$1.000.000, cantidad que deberá ser pagada en una sola cuota<sup>25</sup>.

No es extraño que el pago de la compensación sólo en forma excepcional se fije para realizarse de una vez. El problema que conlleva el fraccionamiento, dependiendo del tiempo que se prologuen las cuotas, es dejar atados los cónyuges a una relación después del divorcio entre el cónyuge acreedor y aquel deudor. Es cierto que sería mejor privilegiar el pago en capital de una vez, pero este anhelo choca con la realidad económica. Como señala Ramón Domínguez citando a Jean Hauser y Danielle Huet-Weiller “se termina por usar criterios de un pragmatismo discreto”<sup>26</sup>. Esta realidad se puede agudizar en épocas de crisis económicas en que el cónyuge deudor no pueda pagar las cuotas respectivas quedando expuesto, según la situación, a los apremios de la ley de alimentos. A esto se suma la inmutabilidad de la compensación, una vez fijada por el juez en la sentencia, pues a pesar de cambios patrimoniales

<sup>21</sup> 21° Juzgado Civil de Santiago, 15 de marzo de 2006, rol 12057-2004. La Corte de Apelaciones aumenta la compensación a \$20.000.000. Santiago, rol 8115-2005, 30 de mayo de 2007.

<sup>22</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 2006, rol 9287-2005.

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, 6 de septiembre de 2006, rol 785-2006.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de octubre de 2007, rol 6475-2006.

<sup>25</sup> 30° Juzgado Civil de Santiago, rol 13.126-2004. Se confirma y se rechaza la casación.

<sup>26</sup> Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, en *Actualidad Jurídica*, vol. 15, Santiago, 2007, p. 84, citando a Jean HAUSER y Danielle HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil. Dissolution de la famille*, Paris, LGDJ, 1991, N° 445.

en los ex cónyuges nada podrá cambiar el crédito devengado. El juez no puede modificar la sentencia que ha establecido el monto de la compensación económica.

La temporalidad, entonces, se impone en la compensación económica, aunque ésta no pueda extenderse en forma indefinida, según se verá a continuación.

#### 4. LAS RENTAS VITALICIAS, PENSIONES A VIDA O DERECHOS REALES CON CARÁCTER PERPETUO

En dos sentencias se plantea la hipótesis de renta vitalicia y un derecho real perpetuo. La Corte de Apelaciones de Antofagasta realiza en la sentencia una reflexión sobre la aplicación excepcional de rentas o pensiones vitalicias. Es decir, asume la posibilidad que se verifique dicha alternativa. La Corte se expresa en los siguientes términos:

“...de tal manera que, desde este punto de vista, las pensiones vitalicias o de alimentos pugnan con el divorcio y sólo deberá establecerse en casos extremos de cónyuges desvalidos que no tengan la posibilidad de ejercer el derecho de alimentos en otras personas...”.

Y la fija en “sesenta ingresos mínimos mensuales fijados para efectos remuneracionales, a razón de uno mensual”<sup>27</sup>.

En contraste con esta opinión, la Corte de Santiago, modificando la sentencia apelada, la cual estableció como compensación \$46.000.000 en cuotas de \$500.000 mensuales, la obligación de mantener como carga en la ISAPRE en que actualmente se encuentra afiliado y el usufructo del inmueble a vida a favor del cónyuge beneficiario<sup>28</sup>, estimó improcedente la constitución de usufructo con carácter vitalicio, estando por esa vía privando del dominio total del inmueble, y agregó que tampoco corresponde mantener como carga en la ISAPRE a la requirente, atendido que se pierde el carácter de cónyuge dictada la sentencia de divorcio<sup>29</sup>.

En la doctrina, la profesora Carmen Domínguez se manifiesta favorable a la posibilidad de fijar la compensación como renta vitalicia. A pesar de que la ley exige que el monto sea fijado de una sola vez, plantea que:

<sup>27</sup> Corte de Antofagasta, rol 69-2006. 11 de abril de 2006. Casación rechazada, 2 de agosto de 2006, rol 2371-2006.

<sup>28</sup> 10° Juzgado Civil de Santiago, 29 de agosto de 2007, rol 3359-2005.

<sup>29</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de octubre de 2007, rol 8082-2006.

“la misma ley permite el fraccionamiento en el tiempo, esto es dilatar su pago. Si eso es así con el simple sistema de cuotas que, aún garantizadas por los apremios de alimentos, son igualmente inseguras a efectos del pago, con mayor razón debe admitirse su fraccionamiento cuando están efectivamente asegurados como acontece con el esquema de la renta vitalicia”<sup>30</sup>.

Esta posición parece errada, al mismo tiempo que contradictoria con los fines que persigue la compensación. Si bien el legislador admite la posibilidad de fraccionamiento, esta alternativa no puede esgrimirse como argumento para constituir una renta vitalicia. Si el legislador exige fijar un monto específico, para luego determinar la modalidad del pago, atendidas las circunstancias del caso, dicho monto al fijarse de una sola vez impide por lógica que se extienda por toda la vida del beneficiario. El plazo de vida que le queda no puede determinarse, lo cual es inconsistente con un monto fijo de compensación.

En definitiva, la sentencia de la Corte de Antofagasta, a pesar del pragmatismo que puede justificar una renta vitalicia en casos de matrimonios de larga duración, pugna con la naturaleza y régimen legal de la compensación económica. Por eso parece más acertada la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual en forma categórica descarta la constitución de un usufructo perpetuo. Establecer este derecho real en forma indefinida constituye una renuncia a determinar la cuantía en una suma de dinero fija de la compensación, ya que la incertidumbre de la llegada de la muerte del cónyuge impide su valoración. A esto se agrega un argumento de seguridad y paz social, al evitar el vínculo entre los ex cónyuges después de divorciados.

Por estas razones debe excluirse la forma de pago de la compensación en rentas vitalicias o derechos reales perpetuos, lo cual es contrario a la ley.

## 5. LA CONSTITUCIÓN EXCEPCIONAL DE DERECHOS REALES

La constitución de derechos reales como forma de pago de la compensación económica aparece de manera excepcional en la jurisprudencia. Un ejemplo de esta forma de pago encontramos en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Se demanda compensación económica en razón de más de veinte años de convivencia y cuidado de los hijos, más la organización de las tareas del hogar y cuidado de los hijos. Solicita poder “ocupar” el bien común

---

<sup>30</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 1), p. 26.

junto a su hija. La Corte resolvió revocar la sentencia de primera instancia que negó lugar a la demanda de divorcio y compensación, accediendo a ambas, y estableciendo como compensación económica el usufructo del inmueble, tal como fuere solicitado por el cónyuge requirente<sup>31</sup>.

Como lo señala el profesor Álvaro Vidal, a propósito de la constitución de derechos reales de usufructo, uso o habitación:

“Esta forma de pago de la compensación no se condice mucho con la naturaleza jurídica de la compensación económica y la aproxima más a la idea de los alimentos debidos por ley. Con ocasión de su constitución podría producirse en la práctica un tránsito desde los derechos reales constituidos en cumplimiento de la obligación de alimentos o sobre bienes familiares gravados a aquellos que representan la forma de pago de la compensación económica. Lo que en caso alguno puede llevar a confundir la naturaleza de las instituciones en juego”<sup>32</sup>.

Si bien pareciera que los temores del referido profesor no se han verificado, siendo la constitución de derechos reales una práctica marginal, lo cierto es que debiera evitarse esta forma de pago. Hay diversas razones. La primera, ya indicada, es que origina una relación posdivorcio entre los cónyuges, quedando uno de ellos, el cónyuge deudor, nudo propietario, esperando el vencimiento de un plazo para recuperar la propiedad plena. Por otra parte, constituye una decisión poco eficiente, pues inmoviliza el bien, particularmente si se trata de un inmueble, dejándolo fuera del mercado. Al estar gravado con un derecho real, la circulación del bien mediante enajenación se dificulta reduciendo al mínimo las posibilidades de venta. En fin, existen otras modalidades de pago más apropiadas, ya sea la adjudicación en propiedad del mismo bien o su valoración económica fijando un precio de mercado.

Por todas estas razones la jurisprudencia debiera apartarse de constituir derechos reales sobre bienes del cónyuge deudor, privilegiando, una vez más, el pago en capital.

## 6. LA MODALIDAD EN PORCENTAJE DE LA REMUNERACIÓN

Otra forma marginal que se verifica en la jurisprudencia para el pago de la compensación lo constituye un porcentaje de la remuneración o pensión del cónyuge deudor. Así lo estipuló la Corte de Valparaíso al señalar:

<sup>31</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 152-2006.

<sup>32</sup> VIDAL OLIVARES (n. 1), p. 221.

“Que se acoge parcialmente la pretensión reconvenzional de la demandada, en cuanto se establece como compensación económica en su favor, una suma mensual equivalente al 15% de los emolumentos que percibe el demandante a título de pensión de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, por el periodo de dos años...”<sup>33</sup>.

Esta modalidad de pago está asociada al entendimiento explícito o implícito de la compensación como un símil de la pensión de alimentos. Se trata de una prolongación de los alimentos vigentes hasta el divorcio. Una vez más debemos rechazar este tipo de consideraciones, dado que la compensación dista en forma radical de los alimentos y, por otra, ya se ha insistido sobre la necesidad de privilegiar el pago en capital. Eso sí, esto no excluye que como una forma para la seguridad del pago se pueda establecer el retiro directo desde la remuneración del cónyuge deudor en el tiempo fijado. Se trata de una garantía eficaz para el evento que se haya fijado la compensación en cuotas sucesivas.

#### 7. MODALIDAD MEDIANTE TRASPASO DE FONDOS DE CAPITALIZACIÓN

Una última modalidad de pago ha sido introducida por la ley N° 20.255, que contempla el traspaso de fondos de capitalización obligatoria hasta el límite del 50% existente del cónyuge deudor, con independencia del régimen patrimonial entre los cónyuges. Los artículos relevantes se encuentran insertos en el título III bajo el epígrafe “Normas sobre equidad de género y afiliados jóvenes”. Por su importancia reproduzco los artículos pertinentes:

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

---

<sup>33</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de septiembre de 2006, rol 107-2006.

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”.

Y el artículo 81:

“La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos adicionales. La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requirieran y demás aspectos administrativos que procedan”.

Estas normas establecen una forma de pago de la compensación económica que pueda orientarse a la solución de las expectativas de jubilación del cónyuge requirente que por dedicarse tanto a las tareas del hogar como al cuidado de los hijos se vio imposibilitado de cotizar o lo hizo en una menor medida. La relación marital significó que el cónyuge deudor capitalizó para efectos de su jubilación, subsidiado por el otro, que se vio privado de esa posibilidad. Podría pensarse que se trata de una ratificación de la finalidad de equilibrio de la compensación; sin embargo, sólo facilita el pago de una expectativa de jubilación del cónyuge beneficiario.

Por otra parte, no se entiende la razón de restringir esta modalidad de pago a los afiliados al sistema de fondos de pensiones, excluyendo todos aquellos sujetos a otros sistemas de previsión social administrados por el INP. Se presenta una discriminación injustificada para todos aquellos cónyuges beneficiarios cuyos deudores no estén adscritos al sistema de AFP.

Otra pregunta que surge es sobre la eficacia de esta forma de pago. El traspaso de dinero a la cuenta del cónyuge beneficiario significa que se le abre la posibilidad de jubilar sobre la base de esos fondos y aquéllos que pueda aportar en el futuro o ya haya ahorrado si trabajó en el pasado. En las hipótesis que no existan ahorros previos o sean menores, el traspaso, salvo que el cónyuge deudor haya capitalizado sustantivamente, sólo permitirá optar a una pensión modesta o de subsistencia. De ahí que, en la mayoría de los casos vaya a resultar un tanto irrelevante el pago bajo esta modalidad. Sólo tendría un real impacto si el cónyuge deudor presenta fondos relevantes, pero, incluso, en este caso operará como distribución de pobreza al privar al

cónyuge deudor de una jubilación importante, cuestión que, como se sabe, es bien extraña en nuestra realidad nacional.

El legislador se encarga de establecer una obligación de información de la Superintendencia de AFP para que provean a los jueces de estudios técnicos para decidir acerca del traspaso. Queda a cargo de la Superintendencia el aspecto administrativo para ejecutar el traspaso de los fondos y la apertura de cuenta a favor del cónyuge deudor si fuere necesario.

Se establecieron dos límites para el traspaso, por una parte no puede exceder el 50% de los fondos disponibles en la cuenta obligatoria y, por otra, sólo deben contemplarse para el cálculo los fondos que se hayan originado durante el matrimonio. La expresión 'matrimonio' puede generar cierta ambigüedad, si consideramos que la separación de hecho puede haberse verificado en un tiempo muy anterior al término del matrimonio y las condiciones de procedencia hayan operado, también, durante un período anterior. Los jueces deberán aplicar, entonces, estas reglas con cierto pragmatismo, a fin de que no se revelen injustas para el cónyuge deudor.

#### CONCLUSIÓN

Las consideraciones precedentes, creo, muestran cómo han operado las modalidades a que puede quedar sujeta la compensación económica, mostrando los nudos problemáticos de la jurisprudencia y la manera en que deberían resolverse a la luz del régimen legal de la institución.





Se terminó de imprimir esta primera edición,  
de quinientos ejemplares, en el mes abril de 2009  
en Versión Producciones Gráficas Ltda.  
Santiago de Chile

