

LA NOCIÓN DE MENOSCABO EN LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RUPTURA MATRIMONIAL*

[The Notion of Impairment in the Economic Compensation
Due To Marriage Termination]

ÁLVARO VIDAL OLIVARES**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La compensación económica constituye un derecho de naturaleza familiar de carácter patrimonial que se reconoce al cónyuge que se halla en el supuesto típico del artículo 61 LMC. y que acredite, conforme con el artículo 62 LMC. que el divorcio o la declaración de nulidad le provocará un menoscabo económico. El menoscabo económico es el eje central de la compensación, difiere de las categorías propias del Derecho patrimonial y presenta a una estructura compleja, tanto en cuanto a sus causas, como a su manifestación o revelación. El objeto de la compensación económica es remediar la disparidad derivada de la carencia de medios que provoca la terminación del

ABSTRACT

Economic compensation constitutes a right of family and patrimonial nature, recognized for the spouse under the typical supposition of article 61 of the Law of Civil Marriage, and who certifies, according to article 62 of the Law of Civil Marriage, that the divorce or the annulment declaration will cause an economic impairment. Economic impairment is the central axis of compensation. It differs from the categories of patrimonial Law and presents a complex structure, both regarding its causes and its manifestation or disclosure. The objective of the economic compensation is to remedy the disparity originated from the lack of resources due to the

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco de la ejecución del Proyecto Fondecyt N° 1070731, cuyo investigador responsable es el profesor de Derecho civil de la Universidad Diego Portales, D. Carlos Pizarro Wilson.

** Doctor en Derecho, Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alvaro.vidal@ucv.cl

matrimonio y así evitar que se materialice un empeoramiento futuro previsible para el acreedor. Con este fin se le concede una suma de dinero que le servirá de base para rehacer su vida y alcanzar un estatus económico autónomo, independientemente su forma de pago.

PALABRAS CLAVE: Compensación económica – Menoscabo económico – Divorcio.

marriage termination, in order to avoid the materialization of a predictable future deterioration for the creditor.

With this purpose, a sum of money is granted as a basis to rebuild his or her life and achieve an autonomous economic status, regardless of its form of payment.

KEYWORDS: Economic compensation – economic impairment – Divorce.

I. INTRODUCCIÓN

A la fecha se han dictado más de doscientas sentencias de Cortes de Apelaciones y otras cuantas de Corte Suprema, en ellas se observa un cierto desorden en la forma de entender la compensación económica: su objeto y función, sin considerar la falta de fundamentación al cuantificar su monto. Tal desorden refleja la disparidad de opiniones existente en la doctrina nacional que ha estudiado la compensación económica desde la entrada en vigencia de la *Ley de matrimonio civil*¹.

Si bien en la jurisprudencia hay divergencia en lo que concierne a la calificación jurídica de la compensación económica se observa una cierta uniformidad respecto de algunos aspectos que paso a relacionar: i) la compensación económica sólo procede concurriendo el supuesto típico del artículo 61 LMC.²; ii) el demandante de la compensación económica no

¹ Corral afirma que la compensación económica está siendo objeto de numerosas interpretaciones tanto doctrinales como judiciales que se presentan como discordantes, si no derechamente contradictorias. CORRAL TALCIANI, Hernán, *La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial*, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007) 1, p. 23

² BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La compensación económica como “derecho” de uno de los cónyuges y “obligación” correlativa del otro. De sus caracteres*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 9 (2007), pp. 25-26, afirma que el legislador únicamente otorga relevancia a una causa remota compleja: que el cónyuge, 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. En este mismo sentido, por todos: TURNER SAEZ, Susan, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas*, en *Revista Chilena de Derecho* 32 (2005), pp. 421-422. En contra, y con una postura aislada: CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n.1), pp. 26-29. Para el autor el artículo 61 prevé el supuesto protípico de la compensación, aquél que tuvo a la vista el legislador, sin embargo, sólo es una de las causas de

tiene necesidad de acreditar que tuvo intención de trabajar, ni su cualificación profesional, ni muchos menos si tuvo, o no, concretas oportunidades de trabajo; basta la convicción del juez en orden a que si el cónyuge no se hubiere dedicado a la familia habría trabajado o lo hubiere hecho en una mayor medida de la que podía y quería³; y iii) que la sola concurrencia del

menoscabo económico; las circunstancias del artículo 62 constituirían otras causas de menoscabo que harían separadamente procedente la compensación económica, e incluso pudiendo acumularse representando distintas partidas de ella al cuantificarla. Como si fuera poco, las causas de menoscabo no quedarían limitadas a los preceptos de los artículos 61 y 62, dado que la enumeración de esta última disposición no es taxativa. Esta interpretación fuera de ser peligrosa por ampliar ilimitadamente ámbito de la compensación económica, desconoce el propio tenor de los artículos 61 y 62 y la conexión existente entre ellas.

³ Así lo reconoce la sentencia recaída en el recurso: 444/2006 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 20 de julio de 2006: “*Es verdad que no está probado que el marido le prohibiera trabajar, pero aún si fue una opción libre de la mujer, el hecho de tener dos hijos menores a su cargo hacía de esa opción una decisión no sólo legítima y presumible, sino explicablemente necesaria*” (considerando 2º). También la sentencia dictada en la causa C-698/2005, de 31 de julio de 2006, confirmada por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en el recurso 6593/2006, de 18 de octubre de 2007. Se declara que la demandante ha logrado acreditar haberse dedicado al cuidado de los hijos comunes y el demandado no ha probado lo contrario, sin que tenga importancia para estos efectos si aquello fue decisión de ambos cónyuges o de uno de ellos. En contra, pero dentro de una posición minoritaria en la jurisprudencia, la sentencia recaída en el recurso: 157/2006, de la I. Corte de Apelaciones de Arica, de 6 de abril del 2006, confirmando la sentencia de primera instancia que rechaza la demanda de compensación, en su considerando sexto se lee: “*no hace ninguna referencia (la demandante) a que tuvo su intención de trabajar o estudiar como tampoco las oportunidades que se le habrían presentado o podría haber tenido en tal sentido, ni a los ingresos que producto de su trabajo pudo obtener*”. En la misma dirección se ubica la sentencia recaída en recurso 1214/2006, dictada por la I. Corte de Apelaciones de Rancagua, el 26 de marzo de 2007. Ella declara que la compensación económica no puede acogerse porque no consta que la mujer hubiera estado impedida de trabajar remuneradamente por causa del matrimonio, o que se hubiera visto forzada a hacerlo en menor medida de lo que hubiera querido y podido, por la misma razón. Desde luego, si no tiene calificación profesional ni técnica alguna, ya eso muestra que sus posibilidades de acceso al mercado laboral siempre fueron limitadas y referidas sólo a empleos menores, sin que ninguna culpa tenga de eso su estado matrimonial (Considerando 3º). También, las sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recaída en el recurso: 1119-2007, de 12 de julio de 2007 (considerando 13º). Hay acuerdo en la doctrina, entre los autores que comparten esta opinión: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación por menoscabo económico en la Ley de matrimonio civil*, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 256; PIZARRO WILSON, Carlos, *La compensación económica en la nueva Ley de matrimonio civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 3 (2004), p. 92; BARRIENTOS GRANDON, Javier,

supuesto típico del mencionado artículo 61 no hace nacer automáticamente el derecho de compensación económica, es necesario que el divorcio o nulidad cause un menoscabo económico cuya existencia debe acreditarse y se aprecia de acuerdo al artículo 62 de la ley⁴. La causa inmediata del menoscabo económico es la terminación del matrimonio⁵.

En lo que concierne al elemento central de la compensación, el menoscabo económico hay oscuridad e incertidumbre, lo que afecta sensiblemente a la aplicación que hasta ahora se ha hecho de la compensación.

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

La compensación económica como "derecho", cit. (n. 2), p. 26; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, en Revista Actualidad Jurídica 15 (2007), p. 85. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Compensación económica en la nueva Ley de matrimonio civil (Santiago, Colegio de Abogados de Chile, A.G., 2005), p. 12. En contra: GUERRERO BECAR, José Luis, La compensación económica en la Ley de matrimonio civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 27 (2006) 2, p. 88.

⁴En la sentencia recaída en el recurso: 1275/2006, dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción, el 12 de septiembre de 2006, se declara que para que prospere la demanda de compensación económica a que se refieren los artículos 61 y 62 de la *Ley de matrimonio civil*, no basta que la actora acredite haberse dedicado al cuidado personal de los hijos y del hogar común, y que ello haya sido un obstáculo para el desarrollo pleno de una actividad remunerada, sino que es requisito indispensable, como consecuencia de lo anterior, la existencia de un menoscabo económico (Considerando 2º). En el mismo sentido: Sentencia recaída en recurso 873/2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, el 6 de noviembre de 2006. En contra se halla la sentencia recaída en el recurso 297/2007, dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, el 10 de septiembre de 2007. En ella se justifica que el sólo hecho de dedicarse al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común constituye un menoscabo, haciendo procedente la compensación económica. Se lee en su considerando 1º: "*por consiguiente, 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*". En la doctrina, en esta dirección: BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La compensación económica como "derecho", cit. (n. 2), pp. 22 y 33; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, cit. (n. 3), p. 86. GUERRERO BECAR, José Luis, cit. (n. 3), p. 73. En contra: CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 1), p. 28.*

⁵La sentencia recaída en el recurso 1451 /2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, de 7 de agosto de 2006, hace una correcta lectura del artículo 61 de ley de matrimonio civil y sitúa como causa inmediata del menoscabo al divorcio o nulidad de matrimonio.

con algunos matices⁶. 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. Con relación a lo primero cobra relevancia el menoscabo económico, condición esencial para el nacimiento del derecho a compensación y, correlativamente, de la obligación de solucionarla. Aquí examinaré el menoscabo económico.

La definición de menoscabo económico está estrechamente vinculada a los fundamentos de la compensación –el por qué se le reconoce a uno de los cónyuges el derecho a reclamarla– y, también, se conecta con su objeto– qué finalidad persigue la compensación.

Entonces, hace falta definir la noción de *m e n o s c a b o e c o n ó m i c o*, expresión que emplea la ley en sus artículos 61 y 62 LMC. La respuesta a esta cuestión arrojará luces a los tribunales para resolver las demandas de compensación, tanto para decidir sobre su procedencia como su cuantía⁷.

De lo que aquí se trata es de desvelar el sentido en que emplea la ley de matrimonio civil la expresión *m e n o s c a b o e c o n ó m i c o*; fijando su noción, lo que presupone tomar partido acerca del fundamento de la compensación y su objeto.

El presente trabajo se divide en dos partes. En la primera me referiré a la compensación económica como un derecho y obligación correlativa de origen legal y a sus fundamentos. Y en la segunda, definiré el menoscabo económico como elemento central de la compensación económica, finalizando con la fijación de las principales consecuencias que se siguen

⁶Entre otros: PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), pp. 90-91. El autor afirma una naturaleza indemnizatoria fundada en el enriquecimiento sin causa. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *La compensación económica en la ley de divorcio*, en *Semana Jurídica* 271 (2006), pp. 4-5. Para el profesor Tapia 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. VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 2), pp. 232-253. En este trabajo sostengo una naturaleza jurídica propia, calificando a la compensación económica como una obligación que tiene por objeto corregir un desequilibrio provocado por el divorcio o nulidad y así prevenir un empeoramiento futuro. CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 1), p. 26. El profesor Corral la califica como indemnización por sacrificio. BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La compensación económica como “derecho”*, cit. (n. 2), pp. 1-14. Para el autor la compensación es un derecho de familia de carácter patrimonial y que se funda en el matrimonio.

⁷En un trabajo anterior, muy influenciado por el derecho civil y doctrina española ofrezco un concepto de menoscabo económico que hoy no me resulta satisfactorio. Le definía como “el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio para enfrentar sus vidas separadas en el futuro”. VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 3), p. 258. Hace falta revisar tal concepto y profundizar sobre él.

de adoptar el concepto de menoscabo económico que aquí se ofrecerá. Termina con un cuerpo de conclusiones.

II. EL DERECHO A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

1. *Las condiciones para el nacimiento del derecho a la compensación económica.*

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 derecho⁸.

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 refiere a la compensación económica. A su turno, el artículo 61 califica a la compensación económica como un derecho de que es titular el cónyuge que no trabajó durante el matrimonio, por dedicarse al cuidado de los hijos y/o a las labores del hogar común⁹. Entonces, la compensación económica se sitúa entre los efectos patrimoniales del matrimonio, con la particularidad que se produce después de su terminación por divorcio o nulidad.

En la doctrina, Barrientos Grandón afirma que la compensación económica es un derecho personal o crédito que tiene unos caracteres propios y que la LMC. le asigna los siguientes: i) el de un derecho matrimonial, entendido así en la medida en que su titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio (artículo 60 LMC.); ii) el de un derecho de carácter patrimonial dentro de los citados derechos matrimoniales (artículo

⁸ En un trabajo me incliné por afirmar que la naturaleza de la compensación económica es la de una obligación de carácter legal cuyo objeto 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. Véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n.3), pp. 247-253.

⁹ El artículo 64 LMC. también califica a la compensación económica como un derecho.

60 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*¹⁰.

El titular del derecho es el cónyuge del artículo 61 –el dedicado a la familia durante el matrimonio– y su objeto 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 económico¹¹.

El supuesto de la ley para que nazca este derecho es el que prevé el artículo 61, esto es, que uno de los cónyuges, durante el matrimonio, no desarrolle una actividad remunerada o lucrativa o lo haga en una menor medida de lo que quería y podía, a causa de haberse dedicado al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar común. A ese cónyuge, y no a otro, se le reconoce el derecho a compensación siempre y cuando se produzca la terminación del matrimonio por divorcio o nulidad y ello le provoque un menoscabo económico. Entonces, las condiciones que necesariamente deben concurrir en el titular de este derecho, son: i) haberse dedicado, durante el matrimonio, a las labores propias del hogar común y/o al cuidado de los hijos; ii) por esta causa, y no otra diversa, no haber desarrollado una actividad remunerada o haberla desarrollado en una menor medida; y iii) que el divorcio o nulidad le causen un menoscabo económico¹².

De la correcta lectura del artículo 61 LMC. aparece que la causa inmediata o próxima del menoscabo económico, es el divorcio o la declaración de nulidad. Entonces, se persigue compensar el menoscabo que produce el término del matrimonio y cuyas consecuencias negativas se materializarán

¹⁰ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La compensación económica como “derecho”*, cit. (n. 2), pp. 12, 1-17.

¹¹ *Ibíd.*, p. 22.

¹² 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, Carlos, cit. (n. 3), 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 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, Hernán, cit. (n. 1), p. 34.

en el futuro, tras la ruptura matrimonial¹³. 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, consiguientemente, no nacerá el derecho a la compensación¹⁴.

Seguidamente, aun cuando se decrete el divorcio o la nulidad, la sola concurrencia de las condiciones de los números i) y ii), que anteceden, no hacen nacer automáticamente el derecho legal a la compensación, se requiere que tal divorcio o nulidad causen un menoscabo económico al cónyuge, y así lo acredite el cónyuge que se pretende acreedor¹⁵. De otra forma, el solo hecho de que el cónyuge que pretende la compensación no haya trabajado o lo hubiese hecho en una menor medida, por dedicarse a la familia no constituye por sí un menoscabo económico que haga procedente su compensación¹⁶. La concurrencia de las citadas condiciones confieren

¹³ 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 opera como causa legal próxima de menoscabo económico de uno de los cónyuges, en cuanto es esa causa la que revela una cierta carencia, que hasta ese momento permanecía oculta bajo el velo de la existencia del matrimonio. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La Compensación económica como “derecho”*, cit. (n.2), pp. 21-22.

¹⁴ Tanto es así que en la práctica judicial el demandado reconventional de compensación económica se ha desistido en segunda instancia de su demanda de divorcio, haciendo caer la demanda de compensación.

¹⁵ Véase la n. 4

¹⁶ En otro sitio he afirmado: “El posible acreedor o beneficiario de la compensación es el cónyuge respecto de quien concurren los dos primeros elementos. Este es el cónyuge más débil para los efectos de esta institución. Sin embargo, no quiere decir que la sola concurrencia de estos dos elementos determine el derecho a la compensación del artículo 61 de la *Ley de matrimonio civil* o expresado en otros términos, no puede entenderse que necesariamente el cónyuge del supuesto de la norma sufre un menoscabo si el matrimonio termina por divorcio o nulidad. Es probable que así sea, pero dependerá, en último término, de la consideración de las circunstancias del artículo 62 de la *Ley de matrimonio civil*, esenciales para determinar la existencia del menoscabo económico y su compensación. Por esta razón se presenta como un tercer elemento, distinto de los anteriores, la existencia del menoscabo económico del cónyuge más débil. Si luego de ponderar las circunstancias referidas resulta que al cónyuge factiblemente beneficiario, se resuelve que la ruptura del vínculo no le causa un menoscabo, no habrá más remedio que negar lugar a la demanda de compensación”. VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 3), p. 255. En Contra: CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 1), pp. 26-29.

el título a uno de los cónyuges para pedir la compensación económica y no el derecho a ella, quedando pendiente verificar el menoscabo económico. La circunstancia de no haber trabajado es uno de los elementos a considerar, faltan las circunstancias del artículo 62 LMC., "que podrían causar" en el juez la convicción de que no hay menoscabo económico o que su intensidad es menor a la inicialmente proyectada.

Por su parte, tal menoscabo económico tiene su causa mediata o remota en las ya tantas veces citadas condiciones del artículo 61, esto es, en el hecho que el cónyuge no trabajó o lo hizo en una menor medida por haberse dedicado a las labores del hogar común o al cuidado de los hijos¹⁷. El origen remoto del menoscabo económico está en el pasado, en la forma cómo se desarrolló la comunidad de la vida matrimonial. Entonces, el supuesto de hecho de la compensación económica y permiten aproximarse a su fundamento.

2. *El fundamento de la compensación económica.*

Conviene recordar el fundamento del establecimiento de la institución¹⁸. Durante la vida matrimonial cada uno de los cónyuges asume al interior de la comunidad a que se da lugar el rol que mejor le parezca, siendo una opción dedicarse a las labores del hogar común y al cuidado de los hijos; o a una actividad remunerada; tal opción se adopta o la adoptan los cónyuges en la confianza que el matrimonio perdurará por toda la vida. El cónyuge dedicado confió en un proyecto de vida en común que perduraría en el tiempo y en esa confianza invirtió con su dedicación, postergándose, teniendo en cuenta las expectativas que fluyen del estatuto protector del matrimonio, que en gran medida, vigente el matrimonio, tiende a compensar los desequilibrios económicos a causa de los roles asumidos por los cónyuges. Así, en situaciones de crisis matrimoniales

¹⁷ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La compensación económica como "derecho"*, cit. (n. 2), pp. 25-26, 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 (artículo 61 LMC.).

¹⁸ Véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit (n. 3), pp. 223-231.

aparecen los alimentos y los bienes familiares; al término del matrimonio las resultas de los regímenes matrimoniales del tipo participativo y, por qué no, los derechos sucesorios.

Al fracturarse tal proyecto de vida por el divorcio, esa dedicación a la familia y la consecuente postergación profesional, puede aflorar como un empobrecimiento que, al desaparecer el matrimonio, torna injustificado. Ese cónyuge se empobrecerá con el divorcio y ello le impedirá rehacer su vida separada en el futuro; y la causa de ese empobrecimiento es la circunstancia de no haber trabajado por haberse dedicado a la familia.

El razonamiento debiese ser el que sigue: de no haber mediado tal apoyo o colaboración, el otro cónyuge —eventual deudor de compensación— algún desembolso habría hecho por concepto de tales labores domésticas o bien hubiere percibido ingresos menores que los obtenidos durante la vida marital, al haber dedicado parte de su tiempo al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común. A su turno, el cónyuge beneficiario se privó de formar su propio patrimonio y de alcanzar y conservar una autonomía económica suficiente como para enfrentar una vida separada en el futuro, a lo que se suma la falta o insuficiencia de una previsión y de un sistema de salud.

La sentencia de 11 de abril de 2007, de la Corte de Apelaciones de Concepción¹⁹, fundamenta el reconocimiento del derecho a la compensación económica en el empobrecimiento injusto —aunque debió haber empleado el vocablo injustificado— sin embargo la compensación que concede a la demandante no equivale al empobrecimiento de esta última, ni menos al enriquecimiento del cónyuge deudor. En ella se lee: “*la compensación económica es una institución jurídica que pretende evitar un enriquecimiento y un empobrecimiento recíprocos que devienen en injustos porque resultan de la extinción de aquella expectativa matrimonial en virtud de la que uno de los cónyuges sacrifica su desarrollo profesional o laboral en beneficio de la unión conyugal [...] de manera que, concurriendo estas condiciones, procede la compensación económica, sin que sea dable exigir esa concreta y específica oportunidad profesional o laboral*”²⁰.

¹⁹ Recurso de Apelación N° 998-2006.

²⁰ Recurriendo al mismo fundamento, pero ahora para rechazar la demanda de compensación, la sentencia de 12 de julio de 2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago, declara: “*Un matrimonio joven, sin hijos, no genera ninguna obligación de permanencia en el hogar común y, por consiguiente, la demandante reconventional estuvo siempre en condiciones de desarrollar una actividad remunerada sin detrimento alguno de las labores propias de la vida en pareja. No se trata de establecer que si no hay hijos no hay derecho a la llamada compensación económica, se trata simplemente de dejar claro que, teniendo 24 años de edad, habiendo trabajado antes de casarse y sin hijos en común*

Este empobrecimiento que se concreta en una carencia de medios para enfrentar el futuro hace reaccionar al ordenamiento jurídico reconociendo al cónyuge afectado el derecho a una compensación. De no mediar esta reacción, el cónyuge dedicado, a lo menos, parcialmente a la familia durante el matrimonio quedará en un pie más atrás que el otro para enfrentar la vida separada y futura y verá empeorada su vida en su proyección económica, exponiéndose a descender, en casos extremos, a un estado de precariedad que en nada se compadecería con aquel estatus económico matrimonial al que ella con su trabajo doméstico contribuyó.

Este empobrecimiento injustificado explica la titularidad del derecho a la compensación y la obligación del otro cónyuge, no así su medida. La compensación económica no cubre lo que ese cónyuge dejó de percibir por haberse dedicado a la familia, ni la oportunidad de percibirlo; sino que la compensación económica representa una suma de dinero que permita remediar la disparidad o carencia que causa el término del matrimonio, y así evitar el empeoramiento o consecuencias nocivas de esa disparidad o carencia en el futuro.

En la doctrina, Pizarro Wilson, quien califica a la compensación económica como una indemnización por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento de cónyuge beneficiario, entiende que existe un compromiso de la ley que toma en cuenta el empobrecimiento del cónyuge beneficiario, pero al momento de determinar el monto de la compensación no se lleva a cabo un cálculo sobre la base de dicha merma en el patrimonio, sino una cuestión distinta, se evalúa la situación actual del cónyuge beneficiario al momento de la ruptura y las perspectivas de vida hacia el futuro. Este compromiso, concluye, permite explicar la compensación económica en la nueva legislación²¹.

Teniendo en cuenta esta explicación sobre el fundamento de la compensación económica, aparecen como justificadas las circunstancias del artículo 62, las que consideran la situación presente y el futuro del

que cuidar, la decisión de quedarse en casa cuidando del hogar es puramente voluntaria, con lo que no se da la exigencia del artículo 61 de la Ley de matrimonio civil en orden a que uno de los cónyuges, para ser considerado como el más débil, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería". Recurso de Apelación N° 1119-2007, sentencia confirmada por sentencia de la Corte Suprema de 10 de octubre de 2007 (recurso de casación N° 4965-2007. También, véase la sentencia de 20 de octubre de 2006, de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada en recurso N° 907-2006 y que fuera confirmada por la sentencia de 30 de noviembre de 2006, de la Corte Suprema, recaída en recurso de casación N° 6049-2006.

²¹ PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 91.

cónyuge beneficiario²². La mirada es preferentemente hacia la vida futura del cónyuge acreedor²³.

III. EL MENOSCABO ECONÓMICO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ACTUALES

Surge entonces la pregunta ¿qué debe entenderse por menoscabo económico?

Ya se ha anticipado en la introducción que hay oscuridad e incertidumbre 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 nítidas sobre el significado del menoscabo económico: i) pérdida de ganancias o lucro cesante²⁴ o de una oportunidad de obtener o de una chance²⁵; ii) desequilibrio econó-

²² Cfr. PIZARRO WILSON, Carlos, *ibíd.* El autor explica que el enriquecimiento y empobrecimiento deben evaluarse para compensar al cónyuge débil, el cual se ve expuesto a vivir en una situación de precariedad futura. Y agrega que el desequilibrio económico a propósito del divorcio o nulidad en uno de los cónyuges lo habilita a demandar la compensación económica. De ahí que, si bien el menoscabo económico justifique la 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.

²³ Hay acuerdo en la doctrina en torno a que la compensación económica persigue que el cónyuge acreedor pueda enfrentar la vida futura separada en el plano económico. Así: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *cit.* (n. 3), pp. 88-89. El autor afirma que la compensación económica es una forma de resarcimiento 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 permite así enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio. Y agrega que el menoscabo se proyecta a la vida futura una vez producido el divorcio o declarada la nulidad del matrimonio, ya que el cónyuge acreedor no está ahora en condiciones de afrontar debidamente la vida económica futura o lo está en forma desmedrada.

²⁴ En la doctrina el profesor 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, Carlos, *cit.* (n.3), pp. 87-88. También: BARRIENTOS GRANDÓN, Javier - NOVALES ALQUÉZAR, Aránzanzu, *Nuevo Derecho matrimonial chileno* (3ª edición, Santiago, LexisNexis, 2005), p. 425; y CORRAL TALCIANI, Hernán, *cit.* (n. 1), pp. 29-30.

²⁵ Entre otras la sentencia recaída en el recurso 1451 /2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, de 7 de agosto de 2006, se declara que: “*El menoscabo económico es una pérdida patrimonial y no moral. En la pérdida patrimonial, como ha*

mico que deja al cónyuge que la pide en una situación desmejorada para enfrentar el futuro^{26 27}; iii) el valor del trabajo doméstico del cónyuge

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 objeto 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, 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, Mauricio, cit. (n. 6), pp. 4-5. También, aunque parcialmente: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *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 aparte 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.

²⁶ En la sentencia dictada el 7 de agosto de 2006 por la Corte de Apelaciones de Concepción, recaída en el recurso 1.451-2006. En ella 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 I. 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 evaluación de los perjuicios sufridos por su parte. No resulta aceptable plantear cuánto dinero velen 20 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 cónyuge 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, Álvaro, *La compensación económica*, cit. (n. 3), p. 258. También: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *La compensación económica*, cit. (n. 25), p. 13. Debe hacerse presente que la profesora Domínguez incorpora, además, aunque con ciertas dudas, la pérdida de la oportunidad de obtener.

²⁷ Pudiendo añadirse una cuarta posición que le atribuye a la compensación económica una naturaleza jurídica funcional, concibiendo el menoscabo económico en

que se dedicó a la familia²⁸; iv) la pérdida de los beneficios que implica el estatuto protector del matrimonio²⁹; y, recientemente; y v) una carencia patrimonial que producirá sus efectos nocivos hacia el futuro³⁰. Detrás de cada significado de menoscabo económico, se halla una forma determinada de entender la compensación por divorcio o nulidad.

En un primer trabajo sobre la compensación económica, muy influenciado por el Derecho civil y la doctrina española ofrecí una definición de menoscabo económico que hoy requiere ser revisado para dar claridad sobre el objeto de la compensación económica. Definía al menoscabo económico como “el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio para enfrentar sus vidas separadas en el futuro”³¹.

Esta forma de entender el menoscabo económico como desequilibrio

algunos casos como el estado de necesidad propio del derecho de alimentos, en otros como lucro cesante o pérdida de una *chance*. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, cit. (n. 6). 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 se 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.

²⁸ En un trabajo reciente la profesora 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 configuratorias de su menoscabo económico. TURNER SAELZER, Susan, *La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica*, en CORRAL TALCIANI, Hernán - RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II*, (LexisNexis, Santiago, 2006), p. 219.

²⁹ En este sentido: CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 1), p. 25.

³⁰ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La compensación económica como “derecho”*, cit. (n. 2), pp. 28-29.

³¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 3), p. 258. El empleo de la expresión “desequilibrio económico” ha motivado críticas por parte de los autores al entender que intento importar al Derecho matrimonial chileno nociones propias del Derecho civil español sobre la actual compensación económica o pensión compensatoria por desequilibrio. Véase: CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 1), p. 26; y BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La compensación económica como “derecho”*, cit. (n. 2), p. 19. En todo caso, cabe llamar la atención que si bien nuestro legislador emplea la expresión “menoscabo económico”, no hay duda sobre la influencia del Derecho civil español en esta materia y desde luego puede recurrirse a él para desentrañar ciertas expresiones oscuras empleadas por nuestro legislador, como lo es, entre otras, la de menoscabo económico.

económico es compartida por algunos autores³² y ha tenido acogida en la jurisprudencia. La importancia de esta acogida viene dada porque ella implica asumir y aceptar que en la compensación económica el menoscabo se revela en el presente, pero proyecta sus efectos negativos al futuro, pudiendo implicar un empeoramiento de la situación económica del cónyuge acreedor.

Entre las sentencias que adoptan este criterio se destacan las siguientes:

i) 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 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*”³³.

ii) 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*”³⁴.

³² DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, cit. (n. 25), p. 13; CUEVAS M., Gustavo, *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; PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Seminario nueva Ley de Matrimonio civil*, en serie *Charlas del Colegio de Abogados de Chile A.G.* (Santiago, 2004), p. 69.

³³ Sentencia recaída en el recurso N° 1317-2006. Se contrajo matrimonio en 1986. Durante los 15 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 remunerado.

³⁴ 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 profunda desavenencias. Ella tiene a la fecha 38 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, ya que ella solo 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 psiquiatra y a psicólogo, esto último principalmente debido al maltrato sufrido de su marido.

iii) 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”*³⁵.

iv) 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 enfrenar 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”*³⁶.

v) 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”*³⁷; y

³⁵ Sentencia recaída en el recurso N° 249-2006. Se expresa que el hecho 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 estuvo en situación de desarrollar una actividad remunerada que le permitió tal inversión. Por otro lado, el hecho 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 reconvenicional desarrollar una actividad remunerada.

³⁶ 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 CCCh. El demandado ha presentado crónicas y graves dolencias cardíacas, encontrándose jubilado de la Armada, con 57 años de edad.

³⁷ Sentencia recaída en el recurso N° 4165-2006. Los cónyuges contrajeron matrimonio en 1958, bajo el régimen de sociedad conyugal, el que se substituyó 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 29 años, es decir, hasta 1987.

vi) 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 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*”³⁸.

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 Barrientos Grandón 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 (artículo 61 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 perjuicio³⁹.

Una muestra de esta manera superficial de asumir la tarea de determinar el significado de menoscabo económico se encuentra en la sentencia de 26 de enero de 2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago⁴⁰, la que aplica criterios propios para el cálculo del lucro cesante. En ella se lee: “*que para determinar la cuantía de la compensación se tomará como referente una suma similar a lo que en la actualidad percibe la solicitante mensualmente, esto es, de \$400.000, menos cotizaciones previsionales que para estos efectos estimaremos sólo en un 13%, lo que arroja un monto de \$348.000. Lo anterior, por entender que si la actora puede generar ingresos por ese valor, en la*

³⁸ 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 Coquecura y del resto de un predio agrícola, del cual vendió tres lotes. Actualmente, la actora sufre de estrés y surmenaje secundario; y ha sufrido el embargo, por el Banco Santander Chile, del inmueble donde habita.

³⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La compensación como “derecho”*, cit. (n. 2), p. 20.

⁴⁰ Sentencia recaída en el recurso N° 676/2006.

actualidad, a los 61 años y sin ninguna capacitación especial, es perfectamente razonable suponer que habría estado en condiciones de producir, a lo menos, ese mismo ingreso, durante los 24 años de convivencia. Por otra parte, si ello hubiera sido así, la solicitante habría tenido oportunidad de cotizar en el sistema previsional, acumulando a esta fecha un capital sobre la base del cual se calcularía su pensión de vejez. En consecuencia, a lo anterior se agregará la cantidad que resulte de calcular el 13% de \$400.000 (tasa de cotización estimada) durante el período de 24 años. Se tiene presente, en todo caso, que el matrimonio estaba casado bajo el régimen de sociedad conyugal, por lo que el trabajo de la mujer habría dado lugar a un patrimonio reservado (artículo 150 del Código Civil), que podemos estimar debió colacionarse al haber social al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, verificada en 1982, toda vez que la situación económica del matrimonio a esa fecha no habría ameritado, razonablemente, que la cónyuge hubiera renunciado a sus gananciales. Así las cosas, los cálculos anteriores dan el siguiente resultado: a) ganancias que podría haber generado la solicitante entre los años 1966 y 1982 (fecha en que se liquidó la sociedad conyugal) y que resultan de multiplicar \$348.000 por 192 meses: \$66.816.000; b) liquidación de la sociedad conyugal en el año 1982, supone que dichas ganancias se dividen en mitades, correspondiéndole a cada cónyuge una suma de \$33.408.000; c) ingresos posteriores a 1982 y hasta 1990, debieron quedar íntegramente en el patrimonio de la solicitante, al comenzar a regir la separación de bienes como régimen matrimonial, lo que significa \$348.000 por 96 meses: \$33.408.000; y d) cotización estimada de 13% sobre una remuneración de \$400.000, por espacio de 288 meses: \$14.976.000. En consecuencia, los cálculos anteriores permiten estimar, prudencialmente, el monto de la compensación económica solicitada, en una suma de \$81.792.000” (Considerando 11º). Y se agrega “Que considerando que la solicitante es dueña del inmueble donde vive y no habiéndose hecho constar que tenga alguna deuda con el sistema financiero que la obligue a pagar un dividendo mensual por esa propiedad, se deducirá prudencialmente del monto anterior, un 10%, lo que arroja un monto final de \$73.612.800, que el demandado reconvenional deberá pagar a la demandante por concepto de compensación económica, más el interés corriente desde que la presente sentencia quede ejecutoriada, hasta la fecha de su pago efectivo” (Considerando 12º)⁴¹.

Si bien esta sentencia el Tribunal representa un serio esfuerzo por justificar la cuantía de la compensación dando certeza a las partes, en ella

⁴¹ En la misma dirección, véase la sentencia dictada en la causa C-698/2005, de 31 de julio de 2006, confirmada por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en el recurso 6593/2006, de 18 de octubre de 2007.

se calcula la compensación económica como si fuera una indemnización de lucro cesante propia de la responsabilidad civil, sin prestar importancia al futuro del cónyuge acreedor.

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.

IV. LA NOCIÓN DE MENOSCABO ECONÓMICO EN LA HISTORIA DE LA LEY

Ya se ha explicado, que la concurrencia de las dos primeras condiciones del artículo 61 no hace nacer 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 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 LMC., que permite determinar si ese cónyuge –el del artículo 61– experimentará, o no, un menoscabo a causa del divorcio o la nulidad⁴². A la hora de determinar la existencia del menoscabo y su magnitud se considerará entre las circunstancias, la dedicación a la familia y consiguiente postergación laboral, pero unida a las restantes. Será la primera circunstancia a tener en cuenta, sin que necesariamente conduzca a la declaración del derecho a compensación a favor del que la pretende.

1. *Cuestión previa.*

La noción de menoscabo económico en la historia del establecimiento de la ley. Antes de dilucidar la noción de menoscabo económico creo de toda conveniencia acudir a la historia del establecimiento de la ley, la que aunque accidentada y a ratos poco inteligible, constituye un aporte acerca de la intención que tuvo el legislador, sobre el por qué se llega a incorpo-

⁴² En este sentido: BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La compensación como “derecho”*, cit. (n. 2), p. 27; GUERRERO BECAR, cit. (n. 3), pp. 63-64; TURNER SAELZER, Susan, *Las circunstancias de artículo 62 de la Nueva Ley de matrimonio civil: Naturaleza y función*, en VARAS BRAUN, Juan Andrés - TURNER SAELZER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, (Santiago, LexisNexis, 2005), pp. 485 ss. En contra: CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 1), pp. 23-40. El profesor 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 LMC.

rar el derecho a la compensación económica en la ley aprobada. En los antecedentes legislativos encuentro elementos que permiten dilucidar la noción de menoscabo económico y, de paso, el objeto de la compensación económica en el contexto del nuevo régimen matrimonial.

El recurso a la historia del establecimiento de la ley lo justifico en que precisamente los términos que emplea el legislador son oscuros, debiendo acudirse al espíritu o intención de la ley claramente manifestada en su historia fidedigna, en las discusiones que dieron origen a la compensación económica. Se trata de aplicar el criterio de interpretación del inciso segundo del artículo 19 CCCh. Por muy imperfecta que sea considerada la discusión parlamentaria, de ella se extrae la intención del legislador, el espíritu de la ley.

Desde el proyecto original de *Ley de Matrimonio civil* –la moción presentada por los señores Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo–, se aprecia que, por un lado, la ruptura matrimonial puede perjudicar a uno de los cónyuges y, por otro, que no era indiferente para el legislador la vida futura de ese cónyuge perjudicado, el más débil. En las líneas que siguen intentaré dar cuenta de los principales antecedentes que permitirían una aproximación a la noción de menoscabo económico como elemento central de la compensación y que es la que aquí se postula y defiende.

2. *De la suficiencia del acuerdo regulador y la compensación de las desventajas que la ruptura implica para el cónyuge más débil.*

El artículo 63 de la moción presentada por los señores Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo⁴³ prescribe sobre el acuerdo regulador en caso de separación, divorcio y nulidad, acuerdo que debe ser completo y suficiente y la suficiencia se da, entre otras cosas, cuando tal acuerdo procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura. Ahora, si los cónyuges no llegan a un acuerdo, ni siquiera por vía de conciliación, el artículo 64 de la moción confiere al juez facultades para “*alterar las reglas de distribución de gananciales o del crédito de participación, si los hubiere; disponer pensiones alimenticias por tiempo limitado a favor de uno de los cónyuges; o prever alguna otra prestación que asegure a favor de los hijos o el cónyuge relaciones equitativas*”.

En sesión 44ª de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, celebrada el jueves 23 de enero de 1997, la Diputada señorita Saa, comen-

⁴³ *Boletín* N° 1759-18, “Historia de la Ley”, Biblioteca del Congreso Nacional, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Ley N° 19.947, Santiago, Chile, año 2004, Volumen N° 1, pp. 38 ss.

tando el proyecto en lo que aquí interesa, expresó: “*El divorcio vincular afecta principalmente a la mujer y los hijos. No cabe duda de que atenta y discrimina contra la mujer, pues ella es la más perjudicada por permanecer al cuidado y manutención de los hijos. El hecho de quedar sola la obliga a ingresar al mercado laboral aunque no lo desee, debiendo abandonar a los hijos en momentos emocionalmente más complicados [...]*”. Y agrega que esta iniciativa no sanciona, como también lo que falta en materia de tuición de los hijos, de la situación patrimonial y en algunos aspectos de la sociedad conyugal, que especialmente han de proteger a la mujer abandonada.

En el Segundo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia⁴⁴, el artículo 63 al que me he referido pasa a ser el artículo 59, y se le agrega un segundo inciso que reza como sigue: “*Para determinar el carácter equitativo de dichas relaciones, el juez deberá considerar especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que se encuentre el cónyuge que ha permanecido al cuidado de los hijos y del hogar común. Sólo podrá considerarse como suficiente el acuerdo que compense estas desventajas*”⁴⁵.

Es importante tener en cuenta las palabras de la Diputada señorita Saa en lo que se refiere a la incorporación del nuevo inciso al artículo 59: “*me referiré al artículo 59, porque ha habido muchos anuncios alarmistas, en el sentido de que las mujeres, que en su mayoría, son dueñas de casa –por lo tanto, sin salario ni horario–, quedarían absolutamente desamparadas con la Ley de divorcio. Hay una indicación clarísima, referente al cónyuge que ha permanecido al cuidado de los hijos y del hogar común y que, por lo mismo, ha tenido desventajas para incorporarse al mercado laboral. El juez deberá velar porque las relaciones futuras sean absolutamente equitativas y sólo considerará suficiente el acuerdo cuando estas condiciones se den*”⁴⁶.

Se observa claramente que eran una preocupación del legislador las desventajas que traería aparejado el divorcio para aquel cónyuge dedicado, durante el matrimonio, al cuidado de los hijos y del hogar común. Por esa razón el acuerdo se estimaba suficiente cuando compensara tales desventajas. Se emplean dos palabras que son claves para la configuración de la actual compensación económica: compensación y desventajas para el futuro del cónyuge dedicado a la familia.

⁴⁴ *Boletín* N° 1759-18-2, cit. (n. 43), Volumen N° 2, página 275 ss. Informe dado a conocer en la sesión 36ª con fecha 2 de septiembre de 1997.

⁴⁵ La modificación al artículo 63, que pasa a ser el artículo 59, es aprobada por las Comisiones Unidas. Cit. (n. 44) Volumen N° 2, p. 310. Votación efectuada en sesión 39ª con fecha lunes 8 de septiembre de 1997

⁴⁶ Cit. (n. 44) Volumen N° 2, p. 325.

3. *La protección del cónyuge más débil al término del matrimonio. El camino hacia la actual compensación económica*⁴⁷.

En esta fase de la discusión parlamentaria la preocupación por el cónyuge que experimenta una desventaja por la terminación del matrimonio no se vincula sólo con los acuerdos reguladores y su carácter de suficiente. Se avanza un poco más y se instala la idea de reconocerle a ese cónyuge, el más débil económicamente al momento del término del matrimonio, un derecho a ser compensado, con independencia a si hay o no acuerdo regulador.

La norma principal y en la que se encuentra el antecedente inmediato de la compensación económica es el artículo 38 de la indicación del Presidente de la República⁴⁸. El citado artículo 38⁴⁹ dispone que debe evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su manutención, considerando las resultas de la liquidación del régimen matrimonial de bienes que existiere o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos. Y agrega que si el divorcio genera una situación de esa naturaleza el Tribunal queda facultado para adoptar una serie de medidas a favor del cónyuge afectado, entre las que destaca el pago de un monto o de una pensión compensatoria por un período de tiempo que no exceda cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta al divorcio⁵⁰. El juez para acceder a la solicitud del cónyuge y precisar la medida, deberá considerar una serie de circunstancias que coinciden en gran medida con las actuales previstas por el artículo 62 de la ley⁵¹.

⁴⁷ Cit. (n. 44) Volumen N° 2, pp. 506 ss.

⁴⁸ Se dice que es el principal, pues también ha de considerarse el inciso segundo del artículo 48, de la indicación de los señores Senadores Chadwick, Romero y Díez, que dispone para el caso de la nulidad el derecho a alimentos a favor del cónyuge de buena fe. El precepto dispone que no obstante la declaración, el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar al otro cónyuge que le proporcione alimentos durante un plazo que no excederá de cinco años, contados desde que quede ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad. Cit. (n. 44), Volumen N° 2, p. 506.

⁴⁹ Cit. (n. 44), Volumen N° 2, pp. 506 y 507.

⁵⁰ “Se prevé la protección de aquellos que en un estado posterior al divorcio, se vieren afectados de tal forma de imposibilitar condiciones adecuadas de subsistencia, particularmente cuando han contribuido a la conformación de la familia, obviando generosamente sus legítimos intereses personales”. Cit. (n. 44), Volumen N° 2, p. 645.

⁵¹ “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, el estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges; las facultades de

Aparece por primera vez la idea de un monto, o una pensión compensatoria por divorcio como un derecho reconocido a favor del cónyuge que quede imposibilitado de su manutención para el futuro. La disposición sitúa la cuestión en el futuro del cónyuge más débil.

Refiriéndose al precepto del artículo 38 el honorable senador Espina expresa que si no hubiere acuerdo y se acredita que como consecuencia del divorcio uno de los cónyuges quedará privado de los medios necesarios para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, el Tribunal podrá constituir derechos de usufructo, uso o habitación en su favor o decretar que el otro cónyuge le pague en una o varias cuotas una suma única de dinero o le pague una renta periódica. Y añade que para acceder a la solicitud se deberá ponderar prudencialmente el equilibrio de fuerzas existente entre los cónyuges en consideración a su edad, estado de salud, capacidad económica, acceso al mercado laboral y otros parámetros. Concluye afirmando que ese perjuicio –actual menoscabo económico– se proyectará a futuro, porque el cónyuge beneficiario 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 remunerado⁵².

Las palabras del Senador Espina son significativas, desde que une estas medidas con el futuro, con el empeoramiento futuro de uno de los cónyuges a causa del divorcio. Considera que este derecho es un beneficio que la ley reconoce a uno de los cónyuges y, a su vez, una carga para aquel obligado a dar la prestación.

El Senador Viera-Gallo, quien desempeña un rol esencial en la construcción de la compensación económica por menoscabo, se inclina por reconocer al cónyuge afectado un derecho a una compensación por el desequilibrio económico que se producirá entre ellos al término del matrimonio⁵³. A su juicio con el divorcio se produce un menoscabo y la compensación está pensada para que el cónyuge que sea su beneficiario pueda subsistir dignamente en el futuro⁵⁴. Afirma literalmente: “observo que el cónyuge

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. Las medidas impuestas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo no procederán respecto del cónyuge que haya dado lugar al divorcio por falta que le sea imputable”.

⁵² Cit. (n. 44), Volumen N° 2, pp. 507 y 508.

⁵³ Cit. (n. 44) Volumen N° 2, p. 508.

⁵⁴ Cit. (n. 44), Volumen N° 2, p. 509-510.

beneficiario tiene que demostrar que sufre un gravísimo menoscabo. No se trata de que un cónyuge sea más rico que el otro, porque se compensará el menoscabo económico, es decir, el hecho de que uno de los cónyuges deje de vivir en las condiciones en que estaba viviendo al momento del divorcio, y ese menoscabo tiene que ser significativo⁵⁵. La compensación persigue que la persona no sufra un menoscabo con el divorcio. Consigna que la ley española lo refiere “al cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento de su situación anterior”. Es decir, lo importante no es el desequilibrio sino el empeoramiento, el menoscabo^{56 57}.

Para la señora ministra Delpiano el juez deberá evitar que, como consecuencia del divorcio, se produzca un desequilibrio económico entre los cónyuges, el que se entiende no sólo por la falta de equiparidad patrimonial al momento de la disolución del matrimonio sino también por las perspectivas económicas de uno y otro. A falta de acuerdo, el juez deberá fijar una prestación compensatoria a favor del cónyuge afectado. En su opinión se habla de prestación compensatoria porque habrá un cónyuge más débil para comenzar su vida separada, considerando lo que invirtió en los hijos y en la familia, en general y que por esta razón, y no por otra, se puede ver perjudicado en sus oportunidades económicas futuras⁵⁸. 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 años⁵⁹. Las compensaciones, efectivamente, buscan equilibrar las posibilidades futuras. 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. Esas diferencias se le deben compensar económicamente, ése es el punto central⁶⁰. Por lo anteriormente expuesto, concluye afirmando que la calificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Cit.* (n. 44), Volumen N° 2, p. 514.

⁵⁷ El Honorable Senador señor Aburto declaró que puede ser inconveniente emplear la palabra “compensación”, porque aquí se le da otra acepción: se trata de buscar un equilibrio económico entre dos personas que estaban haciendo una vida en común y que vivirán separadas en el futuro, de modo que una tiene que hacer ciertas prestaciones respecto de la parte que está más débil económicamente. *Cit.* (n. 44) Volumen N° 2, pp. 513-514.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Cit.* (n. 44), Volumen N° 2, p. 511.

⁶⁰ *Cit.* (n. 44) Volumen N° 2, p. 515.

del cónyuge beneficiario, son aspectos muy importantes para determinar si procede o no esta compensación⁶¹.

De toda la discusión surge la actual reglamentación de la compensación económica, la que no obstante diferir del citado artículo 59, no puede desligársela completamente ni de la discusión ni del precepto. La referida reglamentación representa la culminación de la discusión legislativa en torno a la protección económica del cónyuge más débil a causa del divorcio.

3. Consideraciones finales sobre la historia del establecimiento de la ley.

Si se considera los preceptos originales referidos a la suficiencia del acuerdo regulador y a las disposiciones posteriores que reconocen un derecho a una prestación económica a favor del cónyuge que durante el matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común, puede considerarse lo siguiente: i) La compensación mira hacia el futuro, a las expectativas económicas y laborales del cónyuge beneficiario; ii) La terminación del matrimonio puede producir el empeoramiento futuro de uno de los cónyuges a consecuencia del desequilibrio o disparidad de las situaciones económicas de ambos cónyuges. El menoscabo se vincula con este desequilibrio o con el empeoramiento futuro que puede producir el divorcio; y iii) El derecho a la compensación económica busca corregir ese desequilibrio o disparidad y evitar el empeoramiento futuro del cónyuge beneficiario.

V. PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Es posible dibujar una verdadera secuencia causal originada con la distribución de roles al interior de la comunidad de vida surgida al momento de 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 futuro⁶².

⁶¹ En esta misma dirección, pero ya instalada la compensación económica como derecho a favor del cónyuge más débil, el Senador, señor Valdés, interviene señalando que la iniciativa –la de incorporar la compensación económica– contempla para esos casos una suerte de indemnización a fin de compensar el menoscabo económico del cónyuge que queda botado y que no ha logrado ahorrar, al cual probablemente le costará reinsertarse en el mercado laboral o bien le será imposible hacerlo por razones de salud. Cit. (n. 44), Volumen N° 4, pp. 1187-1188.

⁶² El profesor Barrientos Grandón distingue también tres momentos relevantes:

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 del 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 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 justificó en el tiempo tal empobrecimiento y emerge como un empobrecimiento sin causa y correlativamente aparece el enriquecimiento del otro cónyuge que, por las mismas razones y según lo explicado precedentemente, también carece de causa. Allí, en ese instante, se produce la disparidad de la que se habla y que se manifiesta en una carencia económica efectiva para el cónyuge que pide compensación, su dependencia económica al desaparecer el estatus económico matrimonial le afecta, le perjudica. La carencia desencadenada por el empobrecimiento que aflora, esa merma, podría materializarse como un genuino detrimento entendido en su sentido más lato.

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 de la que se habla; la terminación del matrimonio con la carencia que trae aparejada implicará un descenso en su nivel de vida, nivel que contrasta abiertamente con aquél de que participaba en parte gracias a su aportación en especie, su trabajo doméstico. Esa consecuencia debe ser frenada, dado que repugna al ordenamiento jurídico.

VI. LA ESTRUCTURA COMPLEJA DE LA NOCIÓN DE MENOSCABO Y EL OBJETO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

1. *La estructura compleja.*

De lo hasta aquí expresado a mi juicio la noción de menoscabo económico es extremadamente compleja, pudiendo observarse que ella está

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 GRANDÓN, Javier, *La compensación económica como "derecho"*, cit. (n. 2), pp. 28-29.

dotada de una estructura que le sirve de soporte y la explica en unión con el objeto de la compensación, a la que me he referido en otros trabajos y me referiré sucintamente más abajo. Esta estructura refiere a los siguientes elementos, que ahora paso a describir, 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 hacen desaparecer el estatuto del matrimonio y principalmente, el deber de socorro en su principal manifestación de derecho de alimentos, los regímenes matrimoniales, la posibilidad de afectar un bien como familiar y los eventuales y futuros derechos sucesorios recíprocos. Sin la terminación del matrimonio el empobrecimiento a que se alude tiene una causa y, por consiguiente, no aflora de manera alguna.

En segundo lugar, el menoscabo económico admite dos dimensiones. La primera se manifiesta en la disparidad económica que es el resultado concreto de que el empobrecimiento arrastrado en el tiempo deja de tener una causa que lo justifique. Los cónyuges abiertamente quedan en un pie de desigualdad para enfrentar una vida separada en el futuro. El cónyuge dedicado a la familia, o perdió su autonomía económica, o nunca la adquirió. Esta dimensión se materializa en una carencia de medios para enfrentar la vida futura y separada. La otra dimensión es consecuencia necesaria de la primera y consistente en el inminente empeoramiento que sufrirá en el futuro 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 post matrimoniales –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 civil⁶³. Tanto en el caso español como en el francés se trata de corregir desequilibrios o disparidades económicas a objeto de evitar un empeoramiento futuro. El problema es que la doctrina nacional insiste en que aquí se instauró una figura nueva

⁶³ Reconociendo la influencia del derecho civil español: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, cit. (n. 25), p. 8; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, cit. (n. 3), p. 84.

desvinculada de cualquiera otra en el Derecho comparado; ello, verdaderamente, constituye un desacierto.

Todo lo expresado precedentemente resulta de diferenciar claramente el fundamento, el porqué se confiere el derecho a la compensación; de la noción misma de menoscabo y, por último, del objeto que tiene asignada compensación económica. A ello se aproxima el profesor Pizarro cuando alude a una especie de compromiso del legislador en tanto si bien lo que hay en la compensación es un empobrecimiento injusto –como lo califica jurídicamente–, sin embargo al evaluar la compensación, su cuantía, 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 económica⁶⁴.

2. *El objeto de la compensación económica.*

Cabe preguntarse qué persigue la compensación económica, cuál es su objeto. Desde luego creo que para la respuesta habrá que tener en cuenta los elementos estructurales del menoscabo.

Si uno examina el Derecho comparado⁶⁵, al que ya se ha hecho referencia, y la historia del establecimiento de la ley y, por sobre todo, tiene en cuenta lo expresado en líneas anteriores, puede concluirse que el objeto de la compensación económica es corregir la carencia que implica la primera dimensión del menoscabo para así enfrentar la futura en el plano económico y alcanzar un estatus económico autónomo.

Tal corrección en que se concreta la compensación cumple una función abiertamente preventiva o evitadora; ¿de qué? de que se haga realidad la segunda dimensión del menoscabo, esto es, el empeoramiento, la imposibilidad de que el cónyuge acreedor pueda rehacer su vida futura y separada, un pie más atrás que el otro y descienda abruptamente en su posición económica en comparación con aquella de la que disfrutaba constante la comunidad de vida que implica la vida matrimonial. No hay igualdad de patrimonios; no se trata de asignarle valor al estatuto ma-

⁶⁴ PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 3), p. 91

⁶⁵ MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa, *La pensión compensatoria*, en GAVIRIA SÁNCHEZ, Julio (coordinador), *La Reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* (Madrid, Marcial Pons, 2007), p. 128, pronunciándose sobre la compensación económica española, afirma que su 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 destinada a compensarle por aportaciones económicas y personales realizadas durante la convivencia matrimonial. Y en otro sitio expresa que su objeto es facilitar la autosuficiencia patrimonial del acreedor.

trimonial que se extingue con el divorcio; sencillamente se quiere evitar que a consecuencia del empobrecimiento arrastrado en el tiempo, que al momento de la terminación del matrimonio carece de causa, el cónyuge dependiente económicamente del otro, quede en unas condiciones que le impidan mantenerse y reinsertarse en el mercado laboral, intentando recuperar el tiempo invertido inútilmente después de la terminación del matrimonio.

Siendo así, la compensación económica es un derecho que tiene por objeto una prestación de dar una suma de dinero o de unas especies dadas en pago que permitan al cónyuge beneficiario rehacer su vida futura y separada y alcanzar, en la medida de lo razonable, un estatus económico autónomo, que perdió con el matrimonio o que nunca alcanzó.

La compensación tiene una función de impulsar al cónyuge a que sea autosuficiente, a que se inserte o reinserte en el mercado laboral y que así obtenga su propio sustento sin depender en el futuro de quien fuera su cónyuge. Detrás de la compensación económica está la responsabilidad de cada uno de los cónyuges de ser autosuficientes económicamente. A la compensación económica le repugna la pasividad del cónyuge beneficiario de compensación tras el divorcio o nulidad.

Podrá parecer lo expresado absolutamente alejado de lo realidad. Sin embargo, lo que he afirmado considera la aplicación de la ley de matrimonio civil y de la compensación a matrimonios celebrados después de la entrada en vigencia de la ley de matrimonio civil y también aquellos que se hayan contraído en la última década. Hoy día las rupturas matrimoniales se producen tempranamente y con una ley que permita el divorcio vincular, la separación de hecho o el cese de la convivencia tendrá una duración de a lo sumo tres años. No quiere decir que se descarte la posibilidad de divorcios en matrimonios de larga duración, desde luego que no. En estos últimos casos la procedencia de la compensación y la configuración que ella finalmente alcance tomará distancia respecto de aquellos matrimonios de corta duración y los factores a considerar serán distintos a los primeros, aunque siempre será gravitante tomar en cuenta la situación patrimonial de ambos cónyuges, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso laboral del cónyuge beneficiario.

Siendo así, la compensación económica representará o debe representar una base económica cierta, una suma de dinero, con independencia de su forma de pago para que el cónyuge beneficiario que pruebe que la terminación del matrimonio le producirá un menoscabo o que lo hará aflorar, quede en condiciones de rehacer su vida en el ámbito económico, insertándose o reinsertándose en el mercado laboral, procurándose su sustento y alcanzando un estatus económico autónomo propio.

Finalmente, cabe consignar que los casos sobre los que la jurisprudencia hoy se está pronunciando preferentemente refieren a divorcios contenidos en el tiempo, a matrimonios fracturados con separaciones de hecho de larga data a la espera de una ley de divorcio vincular. Casos en los que el cónyuge que hace valer su derecho ve en la compensación económica una continuación del deber socorro y en particular de los alimentos legales; y los jueces contribuyen a esta forma de entender las cosas, desde que por lo general, al fijar la cuantía, consideran la cuota que el deudor puede, o está en condiciones de pagar, manteniendo en muchos casos casi invariable la pensión alimenticia hasta ese momento pagada fijando una compensación que se prolonga en el tiempo según sea la probable expectativa de vida del acreedor. Hay una distorsión que se explica principalmente por dos razones. Primero, porque la ley, a mi modo de ver, debió haber previsto un régimen transitorio para estos casos a los que me permito denominar anómalos o ajenos a la finalidad que persigue la compensación económica; segundo, porque no resulta posible aplicar el criterio de la autosuficiencia debido a que se está en frente realidades distantes a las actuales, en las que la inserción laboral de la mujer era difícil, sobre todo si se hablaba de una mujer separada. Eran otros tiempos.

Habría que estar a los casos para los que está pensada la compensación, matrimonios que terminan tras unos años de convivencia, en los que pese a la distribución de roles al interior de la comunidad de vida que implica el matrimonio, después de su terminación, el cónyuge acreedor, el que sufre menoscabo, está en condiciones de rehacer su vida en el plano económico y alcanzar un estatus autónomo.

VII. CONSECUENCIAS QUE SE SIGUEN DE LA NOCIÓN DE MENOSCABO ECONÓMICO

De esta forma, 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. Las consecuencias que se siguen de entender de esta manera el menoscabo económico son las que siguen:

i) 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 esta es la causa mediata o remota de menoscabo, quedando excluida cualquiera otra. Esta circunstancia, unida a las restantes del artículo 62 LMC., son elementos que el juez considerará para determinar la existencia y magnitud del menoscabo.

ii) La noción de menoscabo que se ofrece permite justificar las circunstancias del artículo 62 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.

iii) 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 artículo 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.

iv) 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.

v) 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 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 LMC.), que le permita rehacer su vida y así alcanzar un estatus económico autónomo.

VIII. CONCLUSIONES

Nuestras conclusiones son, pues, las siguientes:

i) La compensación económica constituye un derecho de naturaleza familiar de carácter patrimonial que se reconoce al cónyuge que se halla en el supuesto típico del artículo 61 LMC. y que acredite, conforme el artículo 62 LMC. que el divorcio o la declaración de nulidad le provocará un menoscabo. La titularidad y ejercicio de este derecho se funda en el matrimonio.

ii) El menoscabo económico presenta una estructura compleja, tanto en cuanto a sus causas, como a su manifestación o revelación. Dos son las causas, una remota o mediata que refiere a la postergación profesional o laboral del cónyuge que la pretende por su dedicación a la familia durante el matrimonio; otra próxima o inmediata, representada por la terminación del matrimonio por divorcio o nulidad. Dos son sus manifestaciones. Una

presente y que se traduce en una disparidad de situaciones económicas entre los cónyuges provocada por la carencia de medios que afecta al cónyuge que pide la compensación; y una futura representada por las consecuencias nocivas para ese cónyuge derivadas de la carencia; un empeoramiento futuro previsible.

iii) El objeto de la compensación económica es remediar la disparidad derivada de la carencia de medios y evitar que esas consecuencias nocivas o empeoramiento futuro previsible se materialice. Para ello se le concede al acreedor una suma de dinero que le servirá de base para rehacer su vida y alcanzar un estatus económico autónomo, independientemente de su forma de pago.

[Recibido el 17 y aceptado el 24 de noviembre de 2008].

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier - NOVALES ALQUÉZAR, Aránzanzu, *Nuevo Derecho matrimonial chileno* (3ª edición, Santiago, LexisNexis, 2005).
- BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La compensación económica como “derecho” de uno de los cónyuges y “obligación” correlativa del otro. De sus caracteres*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 9 (2007).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *La Compensación Económica en el Divorcio y la Nulidad Matrimonial*, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007) 1.
- CUEVAS M., Gustavo, *Indemnizaciones reparatorias de la Nueva Ley de matrimonio civil (Nº 19.947)*, en *Curso de Actualización Jurídica: Nuevas tendencias en el Derecho Civil*, (Santiago, Universidad del Desarrollo, 2006).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*, en *Revista Actualidad Jurídica* 15 (2007).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *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).
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *Compensación Económica en la nueva Ley de matrimonio civil* (Colegio de Abogados de Chile, A.G., 2005).
- GUERRERO BECAR, José Luis, *La compensación económica en la Ley de matrimonio civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 27 (2006) 2.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa, *La pensión compensatoria*, en GAVIRIA SÁNCHEZ, Julio (coordinador), *La Reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, (Madrid, Marcial Pons, 2007).
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Seminario nueva Ley de Matrimonio civil*, en serie *Charlas del Colegio de Abogados de Chile, A.G.* (Santiago, 2004)
- PIZARRO WILSON, Carlos, *La compensación económica en la nueva Ley de matrimonio civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 3 (2004)..
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *La compensación económica en la ley de divorcio*, en *Semana Jurídica* 271 (2006).

- TURNER SAEZLER, Susan, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas*, en *Revista Chilena de Derecho* 32 (2005).
- TURNER SAEZLER, Susan, *Las circunstancias de artículo 62 de la Nueva Ley de matrimonio civil: Naturaleza y función*, en VARAS BRAUN, Juan Andrés - TURNER SAEZLER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, LexisNexis, 2005).
- TURNER SAEZLER, Susan, *La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica*, en CORRAL TALCIANI, Hernán - RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LexisNexis, 2006)
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación por menoscabo económico en la Ley de matrimonio civil*, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).