

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



LA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS
DEL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE MATRIMONIO
CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ALUMNO: LILY MARIBEL VALENZUELA RISCO
PROFESOR PATROCINANTE: SUSAN TURNER SAELZER

VALDIVIA, ENERO DE 2007

Informe final de memoria de prueba

Me corresponde informar, en mi calidad de profesora patrocinante, la memoria de prueba presentada por doña Lily Maribel Valenzuela Risco denominada "La ponderación de las circunstancias del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil en la jurisprudencia nacional".

El trabajo se estructuró sobre la base de dos capítulos: en el primero, la postulante analiza algunos aspectos generales de la compensación económica regulada en los art. 61 y sig. de la Ley de Matrimonio Civil, tales como la naturaleza jurídica de la institución y sus presupuestos de otorgamiento, para concluir con el estudio de las circunstancias cuantificadoras del menoscabo económico enumeradas en el art. 62 inc. 1° LMC, En relación con las mencionadas circunstancias, se aborda su contenido y estructura, su función, sus características y la relación existente entre el art. 61 y 62 LMC. En esta parte, la investigación expone, con cierta falta de coherencia, la doctrina nacional existente sobre la materia. En el estudio pormenorizado de las circunstancias del art. 62 inc. 1° LMC se incorpora alguna doctrina española referida a la pensión compensatoria consagrada en el Código Civil de ese país. La autora se extiende innecesariamente en algunos aspectos de poca relevancia para la solución del problema original planteado por la tesis y deja algunas ideas inconclusas en relación con el mismo, problema que impide luego, en el segundo capítulo, hacer las referencias precisas en el análisis jurisprudencial.

La segunda parte del trabajo, que debía contener el grueso del mismo y sus aspectos medulares, sistematiza parte de la jurisprudencia existente sobre fijación del monto de la compensación económica. Los fallos se ordenaron, primeramente, según los presupuestos de otorgamiento de la prestación: dedicación del cónyuge beneficiario al trabajo doméstico, falta total o parcial de trabajo remunerado y existencia de un menoscabo económico. En un segundo momento, la jurisprudencia se analizó siguiendo la enumeración de circunstancias contenida en el art. 62 inc. 1° LMC. La postulante logra sentar algunas interesantes relaciones entre la cuantía de la compensación económica y la ponderación hecha por el tribunal respectivo de las distintas circunstancias. Probablemente un estudio más acabado de los fallos seleccionados habría permitido extender y ahondar dichas relaciones, abriendo el camino a conclusiones de mayor peso argumentativo.

Las conclusiones del trabajo están claramente expuestas, sin perjuicio de lo cual, reflejan algunos vacíos en su fundamentación y falta de coherencia entre sí. En este sentido, y tal como ocurre durante la lectura de los dos capítulos constitutivos de esta memoria de prueba, se aprecia una cierta inconsistencia en el tratamiento del problema planteado y serían deseables mayores aportes personales de la autora.

La memoria presenta, en general, una redacción clara que los numerosos errores ortográficos logran empañar. Denota un adecuado uso de las fuentes bibliográficas, un régimen de citas medianamente ordenado y un buen empleo del lenguaje jurídico. En atención a lo expuesto, califico la presente memoria de prueba con nota 5,0.



Susan Turner Saelzer

Profesora de Derecho Civil

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

Valdivia, marzo de 2007

ÍNDICE

PORTADA	1
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO UNO: FUNCIÓN Y CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL	
1. ASPECTOS GENERALES DE LA INSTITUCIÓN.....	4
2. NATURALEZA JURIDICA DE LA INSTITUCIÓN.....	6
3. PRESUPUESTOS DE SU OTORGAMIENTO.....	8
3.1 EXISTENCIA DE UN MENOSCABO ECONÓMICO	9
3.2 HABERSE DEDICADO AL CUIDADO DE LOS HIJOS EN COMÚN O A LAS LABORES DEL HOGAR.....	10
3.3 AUSENCIA DE ACTIVIDAD REMUNERADA DE ALGUNOS DE LOS CÓNYUGES.....	11
4. CIRCUNSTANCIAS DELIMITADORAS DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 62 LMC.....	11
4.1 CONTENIDO Y ESTRUCTURA.....	12
4.2 FUNCIÓN.....	13
4.3 CARACTERIZACIÓN DEL CATÁLOGO DE CIRCUNSTANCIAS ESTABLECIDAS EN EL ART. 62 INC. 1º LMC.	15
4.4 RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 61 Y 62 LMC.....	16
5. ANÁLISIS DE LA CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 62 INC.1º.....	16
5.1 DURACIÓN DEL MATRIMONIO Y VIDA EN COMÚN DE LOS CÓNYUGES.....	16
5.2 SITUACIÓN PATRIMONIAL DE AMBOS CÓNYUGES.....	17
5.3 LA BUENA O MALA FE.....	18
5.4 LA EDAD Y EL ESTADO DE SALUD DEL CÓNYUGE BENEFICIARIO.....	19
5.5 SITUACIÓN PATRIMONIAL DEL CÓNYUGE BENEFICIARIO EN MATERIA DE BENEFICIOS PREVISIONALES Y DE SALUD.....	20
5.6 CUALIFICACIÓN PROFESIONAL Y POSIBILIDADES DE ACCESO AL MERCADO LABORAL DEL CÓNYUGE BENEFICIARIO.....	20

5.7 COLABORACIÓN DEL CÓNYUGE BENEFICIARIO EN LAS ACTIVIDADES LUCRATIVAS DEL OTRO CÓNYUGE.....	21
---	----

CAPÍTULO SEGUNDO: COMPENSACIÓN ECONÓMICA

ANTE LA JURISPRUDENCIA.....	22
-----------------------------	----

1.PRESUPUESTOS DE SU OTORGAMIENTO.....	22
--	----

1.1 DEDICACIÓN AL HOGAR COMÚN Y AL CUIDADO DE LOS HIJOS.....	22
--	----

1.2 FALTA DE TRABAJO REMUNERADO.....	25
--------------------------------------	----

1.3 MENOSCABO ECONÓMICO.....	27
------------------------------	----

2. CIRCUNSTANCIAS CUANTIFICADORAS DE LA

COMPENSACIÓN ECONÓMICA.....	29
-----------------------------	----

2.1 Duración del matrimonio y vida en común de los cónyuges.....	30
--	----

2.2 Situación Patrimonial de los cónyuges.....	31
--	----

2.3 La buena o mala fe	32
------------------------------	----

2.4 La edad y estado de salud del cónyuge beneficiario	33
--	----

2.5 Situación en materia de beneficios previsionales.....	34
---	----

2.6 Calificación profesional y posibilidades de acceso.....	35
---	----

2.7 Colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.....	35
--	----

2.8 Otras circunstancias	36
--------------------------------	----

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA.....	41
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

La compensación económica, figurada incorporada por la nueva ley 19.947, se ha convertido en centro de discusiones permanentes en los juicios de divorcio y nulidad matrimonial.

Esta institución se consagró en la ley de Matrimonio Civil, ya que el legislador nacional temía que el divorcio pudiera acarrear un grave perjuicio pecuniario para el cónyuge que dedicó durante toda la vida matrimonial sus esfuerzos al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, por lo que no pudo desarrollar una actividad remunerada, o lo hizo en una menor medida de lo que podía y quería.

Para solucionar esta situación, se consagró en nuestro sistema, la institución de la compensación económica, que consiste en un mecanismo de reparación de este menoscabo económico pasado, para aquel cónyuge que sufrió una falta de ingresos por haberse dedicado a las labores domésticas. Se le indemniza al cónyuge perjudicado la pérdida de un chance.

Los preceptos claves en esta materia son el artículo 61 y 62 de la nueva ley de Matrimonio Civil. En el primero de estos artículos, se consagra los presupuestos para que proceda la compensación económica y en el artículo 62, desde un primer punto de vista, contiene una serie de circunstancias que deberá tener en cuenta el juzgador a la hora de cuantificar dicha prestación económica.

El objetivo de la presente memoria, consiste en realizar un análisis de algunos fallos que han ido emanando de los tribunales de Familia y de las Cortes de Apelaciones de nuestro país en lo que concierne a esta materia, para así dilucidar cual es el importe y la extensión que le han dado a esta compleja institución, y como han interpretado y aplicado la disparidad de criterios establecidos en el artículo 62 de la ley de matrimonio civil, para cuantificar esta prestación.

CAPÍTULO PRIMERO

I. FUNCIÓN Y CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.

1. ASPECTOS CENTRALES DE LA INSTITUCIÓN.

La Compensación Económica es una de las mayores novedades introducidas en la ley de matrimonio civil¹, sumándose así, a los ya tradicionales efectos patrimoniales del matrimonio, pero que a diferencia de éstos, procede una vez que se terminado el matrimonio, ya sea que se haya declarado la nulidad o se haya producido el divorcio y si concurren, además, los elementos señalados en el artículo 61 de LMC.

El supuesto esencial para que dicha compensación proceda es el menoscabo económico que pudo producirse porque uno de los cónyuges se dedico al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común, no pudiendo desarrollar una actividad remunerada, o si lo hizo, fue en menor proporción de lo que quería o podía.

Además, se ha señalado en doctrina que puede producirse un menoscabo económico, por la ocurrencia de alguna de las circunstancias no taxativas establecidas en el artículo 62 de la misma norma, situación que comentare más adelante.²

A propósito de éste artículo y los siguientes preceptos que se dedican a normar la compensación económica, conviene hacer una salvedad, ya que dicha normativa, se encuentra en el Capítulo VII, bajo el epígrafe “De las Reglas comunes a ciertos casos de separación, divorcio y nulidad”, produciéndose una impropiedad en el lenguaje del legislador, ya que según lo que se colige del artículo 61 ésta sólo procede en casos de divorcio y nulidad , quedando fuera la separación judicial, lo que puede ser consecuencia de que en esta materia el legislador sigue al modelo español, el que hace procedente la “pensión compensatoria” en casos de separación y divorcio (artículo 97 Código Civil español).³

El artículo 61, es una de las manifestaciones más fuertes del principio de protección del interés del cónyuge más débil consagrado por el artículo 3 de la LMC, y que para efectos de

¹ En adelante; “LMC”

² Corral Talciani, Hernán. *Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial*. La Semana Jurídica .Edición N° 320 Año 2006. p.6

³ Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquézar, Aranzazu. *Nuevo derecho matrimonial chileno*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Año 2004, p. 402.

la compensación económica, se entiende por cónyuge más débil, aquel que por dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería.⁴

Es por esta razón, que el legislador se ha preocupado de mantener un cierto equilibrio una vez que ha terminado el matrimonio, a través de la compensación económica, para así paliar en alguna medida la situación precaria en que ha quedado el cónyuge más débil que se ha dedicado a la familia y a la crianza de los hijos.⁵

En derecho comparado el tema de las consecuencias económicas del divorcio se ha resuelto a través de diferentes modelos que pretenden lograra un equilibrio entre el principio de autorresponsabilidad en virtud del cual cada cónyuge separado debe procurarse, en la medida en que le fuera posible, de sus propios medios de subsistencia; y el principio de la solidaridad postconyugal, entendido como una relación de asistencia material, atenuada respecto a la vigente durante el matrimonio, pero análoga a la existente entre cónyuges separados.⁶

En Alemania rige el modelo de los alimentos, que siguen un criterio de necesidad y pretenden solventar la subsistencia de los cónyuges. La pensión compensatoria española encuentra su presupuesto en el desequilibrio económico generado por el divorcio o la separación y su objetivo es resarcir el perjuicio sufrido por uno de los cónyuges. Sin embargo, y a pesar de estas diferencias sustanciales, ambos sistemas tienen en común la convicción en torno a la necesidad de reconocer y amparar la situación generada por la disolución de una comunidad de vida.⁷

La compensación económica, su monto y forma de pago, puede, puede ser convenida, en primer lugar, por los cónyuges, si fueren mayores de edad, a través del acuerdo regulatorio, el que debe incorporarse en la demanda conjunta de divorcio por cese de convivencia o mediante acuerdo extendido por escritura pública o acta de avenimiento en cualquier estado del juicio de divorcio, según lo señalado en el artículo 63 de la LMC. Dicho acuerdo deberá ser sometido a la aprobación del tribunal, debiendo procurar éste, que se aminore el menoscabo económico que pudo causar la ruptura al cónyuge mas débil, estableciendo así, relaciones equitativas para el futuro.⁸

Por ultimo, debo decir que la compensación económica no es del todo novedosa, ya que esta inspirada en varios modelos comparados. Para algunos, si bien tiene una cierta

⁴ López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo I. Editorial Librotecnia. Santiago 2005 p. 291

⁵ Pizarro Wilson, Carlos. "La Compensación Económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena" en Onfray Vivanco, Arturo (ed). *Seminarios de actualización. La nueva Ley de Matrimonio Civil. Aspectos sustantivos y procesales. La Mediación en Chile: Perspectivas para un punto de encuentro*. Cuaderno de análisis jurídico N°43 (U. Diego Portales), Santiago, 2006, pp. 84-85

⁶ Turner Saelzer, Susan." Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil", *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. XVI, julio 2004.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Pizarro Wilson, Carlos. "La Compensación Económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena"... p.23

originalidad esta proviene de la confusión del tema, ya que esta institución no sigue exactamente a ninguna de las fórmulas adoptadas en otros sistemas, ni siquiera a aquellos que se tuvieron en cuenta para su dictación como lo son el modelo español y el francés⁹

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN.

La compensación económica consagrada en los artículos 61 y siguientes de la ley N° 19.947, ha sido objeto de numerosas interpretaciones doctrinales y judiciales, donde hasta el momento aun no se han aunado criterios. Y es la naturaleza jurídica de esta institución, uno de los aspectos mas controversiales e importantes, ya que justamente dependiendo de la naturaleza que le asignemos a esta prestación, podremos dar un contenido a los conceptos abiertos contenidos en su regulación, ayudar a elegir factores de decisión aludidos por la intención del legislador y aplicar el derecho supletorio.¹⁰

Sin pretender revisar todas las posiciones doctrinales en torno a la materia, ya que no es ese el objetivo central de este trabajo, solo daré un panorama general de la discusión en torno a la materia.

Podría pensarse que son alimentos,¹¹ ya que para su determinación se tiene en cuenta, en cierta medida, las necesidades del acreedor y las faltas del deudor; además para su pago puede establecerse una suma de dinero en cuotas periódicas, según lo señala el artículo 66 de la LMC.

Pero la naturaleza de la compensación económica no es la de alimentos, ya que la causa para que proceda esta “compensación” es la ocurrencia de las circunstancias del artículo 61 y no el estado de necesidad como sucede en los alimentos. Además el vínculo matrimonial se ha extinguido en los casos de divorcio y nulidad, que es cuando procede la compensación económica, extinguiéndose como consecuencia el deber de socorro entre los cónyuges.

Tampoco la compensación económica permite que se modifique si es que han variado las circunstancias, una vez que ha sido decretada, a diferencia de los alimentos.¹² Además el que se pague periódicamente es solo una excepcionalidad y no la regla general, ya que la compensación implica el pago de una suma total que equivalga al menoscabo sufrido, sin perjuicio de que su pago pueda parcelarse.¹³ Así también ha quedado establecido en uno de

⁹ Domínguez Hidalgo, Carmen. “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”. *Cuadernos de Extensión Jurídica* (U. de los Andes) N° 11, 2005, p. 103

¹⁰ Corral Talciani, Hernán. *Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial*. La Semana Jurídica .Edición N° 320 Año 2006. p.6

¹¹ En este sentido, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29 de mayo del 2006, Rol N° 225-2006. Se señala en el considerando quinto que “la compensación económica juega una función asistencial, cercana a la pensión de alimentos, reducida en tiempo y en entidad, teniendo en cuenta la edad de ambos, su salud y la situación patrimonial y provisional de cada cónyuge...”

¹² Veloso Valenzuela, Paulina. “Algunas reflexiones sobre la compensación económica” *Revista de actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo* , N° 13, enero 2006 p. 187

¹³ Turner Saelzer, Susan.” Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XVI, julio 2004.

los fallos analizados, donde el Tribunal de segunda instancia ha señalado que la compensación económica no tiene un carácter alimenticio. Es el caso del fallo Rol N° 1063 del año 2005 emanado de la Corte de Apelaciones de Rancagua, donde conociendo de la apelación de un juicio de divorcio, se señala en su considerando segundo, que la compensación económica no tiene un carácter alimenticio, como lo pretendía la actora reconvenzional, sino netamente un carácter indemnizatorio, por lo menos en cuanto a su procedencia, y solo después que se ha otorgado, la Corte determina que pueden entrar a jugar las características de los alimentos, esto es, que se decrete en pagos parcelados.¹⁴

Otro argumento que desestima que la naturaleza de la prestación en comento sea la de los alimentos, es lo establecido en el discusión parlamentaria, mas precisamente en el informe del Senado, donde los honorables senadores Chadwick y Espina coinciden en señalar que no corresponde a alimentos, excepto en lo que respecta a las modalidades de pago, pero es más clara aun la opinión del senador Chadwick al señalar que no es alimentos ya que no tiene por objeto asegurar la subsistencia del cónyuge que lo solicita, sino que pretende compensar una expectativa económica a la cual se había renunciado por haberse dedicado preferentemente al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común.¹⁵

Otra teoría en torno a la materia es que la compensación económica participa de la naturaleza de la indemnización de perjuicios, en la medida que se define como una compensación por menoscabo, ósea, en otras palabras, una indemnización por daños.¹⁶ Esto se colige de la estructura del artículo 61, estos son:

1. Que uno de los cónyuges se haya dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o las labores del hogar común
2. A causa de lo cual no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería
3. Sufrió un menoscabo económico, siendo este el presupuesto fundamental para otorgar la compensación económica.¹⁷

Este menoscabo equivaldría al daño como elemento de la responsabilidad civil y medida del resarcimiento a que da lugar esta.¹⁸ Así también lo ha señalado el profesor Pizarro Wilson, para el que la compensación económica tendría un carácter indemnizatorio atenuado¹⁹.

Para el profesor Hernán Corral, la compensación económica no participaría de la naturaleza jurídica de los alimentos, ni tampoco sería una manifestación del enriquecimiento sin causa, ya que de existir, podría ejercerse mediante una acción

¹⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua, 16 de mayo del 2006, causa rol N° 1603-2006

¹⁵ Legislatura 346ª ordinaria. Primer informe de la Comisión del Senado pp.198 y 199

¹⁶ Veloso Valenzuela, Paulina. "Algunas reflexiones sobre la compensación económica". ... P. 187

¹⁷ Turner Saelzer, Susan. "Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función." *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Lexis Nexis, año 2006, p. 483

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Pizarro Wilson, Carlos. "La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil" *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 3, diciembre 2004, p. 89

autónoma, ni sería tampoco una especie de responsabilidad civil contractual objetivada por lucro cesante, lo que también podría ser objeto de una acción independiente, en la que es perfectamente posible solicitar además que se indemnicen daños morales. Abona esta teoría el sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol 1451-2006 que conociendo de la apelación de un juicio de divorcio donde se desestima el fundamento esgrimido por la actora reconvenzional que solicita compensación económica señalando que la pérdida patrimonial que experimento durante el matrimonio, por haberse dedicado al cuidado de los hijos podría asemejarse a la idea de lucro cesante. La corte al resolver esta cuestión reconoce que efectivamente la actora reconvenzional tiene un derecho a que se le compense el menoscabo económico sufrido, pero no por concepto de lucro cesante, esto quiere decir que no se pretende reparar lo que se dejó de obtener a consecuencia de dedicarse al cuidado de los hijos, sino lo que se pretende reparar es la oportunidad para obtener.²⁰

Para este autor la figura en comento cae en las denominadas indemnizaciones por sacrificio o indemnización por afectación lícita de derechos similares a las que se pagan en casos de servidumbres legales.²¹

3. PRESUPUESTOS DE OTORGAMIENTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.

Antes de entrar a analizar los presupuestos, debo dejar claro, cual es el fundamento de esta prestación compensatoria. Esta pareciera fundarse en dos aspectos. Por un lado la desigualdad que existe entre los cónyuges al momento de terminado el matrimonio para enfrentar la vida futura de manera independiente,²² y en un segundo aspecto, el que sería la supresión de la confianza que el cónyuge tenía en orden a que la comunidad de vida que se formaba por el matrimonio era para toda la vida.²³ Estos aspectos, justificarían la compensación, ya que la razón que llevo al cónyuge a dedicarse a su familia, fue la certeza del estatuto protector que el matrimonio le confería.

En cuanto al contenido de esta prestación es netamente patrimonial, y con esta se pretende cubrir el desequilibrio económico entre los cónyuges que le impide a uno enfrentar la vida de manera independiente, y por otro lado el costo de oportunidad laboral. Además, no persigue compensar la disminución del nivel de vida que el cónyuge tenía durante el matrimonio, no persigue equiparar los patrimonios de los cónyuges.

²⁰ Corte de Apelaciones de Concepción , 7 de Agosto del 2006, causa Rol N° 1451

²¹ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile año 2003 pp. 62-63

²² Domínguez Hidalgo, Carmen. “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”... pp. 106-107

²³ Vidal Olivares, Álvaro. “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en *Estudios sobre la Ley de Matrimonio Civil*, Publicación U. Católica de Valparaíso, p. 7

Luego de las aclaraciones anteriores, es conveniente analizar el artículo 61 de la LMC que contiene los presupuestos de otorgamiento de la prestación compensatoria, caracterizados éstos, por estar ligados entre sí por una cadena causal y por ser estos requisitos copulativos.²⁴

Estos presupuestos son:²⁵

1. Que uno de los cónyuges se haya dedicado durante la vigencia del matrimonio al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar
2. No pudo desarrollar una actividad remunerada, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería
3. Sufrió un menoscabo económico

3.1. Existencia de un menoscabo económico.

Es condición esencial que exista un menoscabo económico sufrido por alguno de los cónyuges, el que debe ser consecuencia de que éste no pudo dedicarse a una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.

La LMC no nos entrega ningún concepto de lo que ha de entenderse por menoscabo económico, el que deberá lograrse a través de un estudio de todas las disposiciones concernientes a esta materia y de la doctrina nacional y comparada.

Si seguimos la tesis de que la naturaleza de la compensación económica es indemnizatoria, debería existir una relación de causalidad entre el acto dañoso y el daño producido. Este nexo causal aparece nítidamente al reconstituir una verdadera cadena de condicionantes: el cónyuge beneficiario sufrió un menoscabo al decretarse el divorcio o la nulidad del matrimonio, debido a que durante éste no pudo desarrollar una actividad remunerada, o lo hizo en menor proporción de lo que podía y quería. Y no pudo desarrollar esta actividad por dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.^{26 27}

Este menoscabo económico será en la mayor parte de los casos consecuencia de haberse dedicado el cónyuge beneficiario al cuidado de los hijos, no obstante, puede suceder que el

²⁴ Turner Saelzer, Susan. "Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función." *Estudios de Derecho Civil...* pp. 482-484

²⁵ Se excluirá la sentencia de divorcio o la que declare la nulidad ya que, siguiendo a la profesora Susan Turner, esto no guarda simetría con el resto de los presupuestos, primero porque el artículo 61 no lo señala, a diferencia de los otros presupuestos y segundo porque el matrimonio y su terminación aparecen más bien como presupuestos generales de lo que la profesora denomina "responsabilidad postmatrimonial" y no como elementos de hecho particular. Turner Saelzer, Susan. "La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas." *Revista Chilena de Derecho*

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.* P. 424 Esta secuencia cronológica coincide con la realidad, pero no es vinculante para el derecho, como lo señala la profesora Turner

menoscabo no se produzca por esta circunstancia típica, sin por otras de las circunstancias que no se mencionan en el artículo 61 pero que si aparecen configuradas en el artículo 62 de la LMC.²⁸ Tomando el mismo ejemplo que señala el profesor Corral Talciani podría darse el caso de una mujer que pudo ejercer una profesión remunerada durante el matrimonio pero que se vio privada de los beneficios previsionales de salud, y luego una vez terminado el matrimonio, por razones de edad o salud es previsible que no pueda proporcionárselos a través de sus propias cotizaciones legales, esto porque una vez terminado el matrimonio el cónyuge que era carga del marido en el sistema previsional, deja de serlo.

En consecuencia, el juez deberá conceder la compensación económica si se acredita que se produjo un menoscabo patrimonial por el retiro del estatuto patrimonial del matrimonio.²⁹

3.2 Que estas causas sean consecuencia de haberse dedicado a cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.

El artículo 61 de la NLMC exige que el menoscabo económico sea consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, reconociendo en este punto el legislador el valor del trabajo doméstico, dejando eso si, la labor de los tribunales de fijar que se entenderá por “labores propias del hogar” y por “cuidado de los hijos”.

Sobre este punto, el artículo 61 no define lo que debe entenderse por cuidado de los hijos, no exigiendo siquiera que se trate de hijos comunes entre los cónyuges, si bien pareciera referirse a ellos. Concluir que se refiere únicamente a los hijos comunes no es tan obvio, ya que por ejemplo en Alemania, el Tribunal Supremo falló que el presupuesto para los alimentos posteriores al divorcio, consiste en el cuidado de un hijo común, cumpliéndose tal cuando se trate de un niño que sin tener la calidad de hijo de la pareja, estaba bajo su cuidado en virtud de una medida de protección judicial decretada antes de la separación.³⁰

Tampoco se especifica si debe tratarse de hijos nacidos durante el matrimonio. Turner Saelzer señala que si la pareja antes del matrimonio convivió algunos años y durante ese lapso de tiempo nacieron los hijos, el cuidado personal de estos también satisface el presupuesto

Por último, otro punto controvertido es el presupuesto de las labores propias del hogar. Surge la interrogante de que si esta dedicación a las labores del hogar debió ser completa o bastaba una dedicación parcial. Pareciera que una dedicación parcial, es decir que el cónyuge beneficiario trabajo media jornada, para luego dedicarse a las labores del hogar,

²⁸ Corral Talciani, Hernán. *Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial...* p.7

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ BGH NJW 1981, 1782= FamRZ 1881, 752 citado en Turner Saelzer, Susan. “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función.” *Estudios de Derecho Civil...* p 424

puede dar lugar a la compensación económica en la medida que el cónyuge beneficiario hubiere podido y querido dedicar más tiempo al trabajo remunerado.³¹

3.3. No pudo desarrollar una actividad remunerada, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería.

Presupuesto que es consecuencia de haberse dedicado a las labores del hogar en común o al cuidado de los hijos en común, debiéndose acreditar en primer lugar, lo que dejó de ganar o percibir, el cónyuge que solicita la compensación económica, por la ausencia o reducción en el desarrollo una actividad remunerada, ya que por haberse dedicado a los hijos o a las labores del hogar común, el cónyuge se vio impedido de acrecentar su patrimonio, o lo hizo en menor proporción, aquí el legislador no distingue si el cónyuge que solicita la compensación decide por sí mismo no trabajar o no tenía más alternativa.

4. CIRCUNSTANCIAS DELIMITADORAS DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 62 LMC.

4.1 CONTENIDO Y ESTRUCTURA.

El artículo 62 de la LMC es una de las normas fundamentales de la compensación económica. En su estructura se distinguen dos partes, que coinciden con los dos incisos que la componen.³²

Éste, en su primera parte, menciona un elenco de pautas para orientar al juez en la misión de cuantificar esta prestación económica, cuya procedencia ha quedado determinada conforme al artículo 61, que establece los requisitos que deben concurrir para que se genere el derecho a compensación.³³

Pero también, se advierte de una lectura atenta del inciso primero del artículo en comento, que las circunstancias establecidas en el artículo 62 inciso 1º, son también contempladas por la ley para determinar la existencia del menoscabo económico.³⁴ En este primer inciso, entonces, en primer lugar se describe el rol que le compete a las circunstancias que se enumeran seguidamente.³⁵

Por último, en la segunda parte de este artículo, que fue incorporado en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del

³¹ Turner Saelzer, Susan. "Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función." *Estudios de Derecho Civil*...p. 425

³² Turner Saelzer, Susan. "Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función."...P. 485

³³ Corral Talciani, Hernán. *Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial*....P. 7

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Turner Saelzer, Susan. "Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función."...P. 485

Senado,³⁶ se consagra una especie de condición especial que permite al juez denegar la compensación económica o reducir su monto cuando el divorcio se haya decretado por alguna causal de culpabilidad.³⁷

4.2 FUNCIÓN.

El asignarle una función al artículo 62 inciso 1º permite que se cumplan una serie de objetivos útiles a la hora de aplicación práctica de la compensación económica. Por un lado, configura claramente la institución de la compensación económica y por otro lado ayuda a clarificar su naturaleza jurídica.

En primer lugar la norma en su inciso 1º se refiere a “determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación económica”. Se deben distinguir los siguientes aspectos:

a) El precepto recientemente señalado engloba dos tareas: primero configurar el menoscabo y por otro lado cuantificarlo, al modo de parámetros que tendrá en cuenta el juez a la hora de apreciar el daño y de cuantificarlo, a diferencia de lo que ocurre en la evaluación del daño moral, donde no existen criterios establecidos en la ley a la hora de determinar su cuantía³⁸.

En el modelo español, un sector de la doctrina considera que las circunstancias establecidas en el artículo 97 del código español sólo operan como elementos que facilitan determinar el importe de la misma, siguiendo la teoría objetiva, que a grandes rasgos, consiste en que el desequilibrio se produce al comparar los patrimonios de ambos cónyuges y que las circunstancias del artículo 97 del código civil únicamente tienen por función establecer criterios para determinar la cuantía de la misma.³⁹ En sentido contrario, otro sector de la doctrina española, entre ellos, Campuzano Tomé y Lalana Castillo consideran que el artículo 97 del código civil español sirve para conocer el desequilibrio y para determinar el importe de la pensión.⁴⁰

Entre las funciones anteriormente mencionadas que le caben al artículo 62 inciso primero, existe una secuencia lógica, ya que si la primera función se cumple y se constata

³⁶ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín N° 1.759-18, p. 72. citado por Turner Saelzer, Susan. “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función.”...P. 485

³⁷ Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquézar, Aranzazu. *Nuevo derecho matrimonial chileno*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Año 2004, p. 402. citado por Turner Saelzer, Susan. “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función.”...P. 485

³⁸ Turner Saelzer, Susan. “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función.”...P. 485

³⁹ Saura Alberdi, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.136

⁴⁰ Campuzano Tome, Herminia “*La pensión por desequilibrio económico en casos de separación y divorcio*” Barcelona, 1994, p. 74 y siguientes. En el mismo sentido, Lalana Del Castillo, Carlos, “la pensión por desequilibrio económico en casos de separación o divorcio

el daño, en un segundo momento, encontrará aplicación la segunda función que es cuantificar este menoscabo económico sufrido por el cónyuge beneficiario.⁴¹

Luego de este análisis, ya se vislumbra como ésta primera función atribuida al artículo 62 inciso primero de la LMC, se eslabona con los presupuestos establecidos en el artículo 61. Es en la función de constatar la existencia del menoscabo, donde ambas disposiciones se encuentran.⁴²

Siguiendo esta misma línea argumentativa el profesor Corral Talciani⁴³, ha señalado que ambos preceptos debe dársele una interpretación armónica en que el supuesto de hecho fundamental es que el cónyuge beneficiario por el hecho del divorcio sufra un menoscabo económico, el que se refiere claramente a un daño. Este menoscabo la mayoría de las veces será producto de que este cónyuge beneficiario se dedico al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, por lo que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería⁴⁴.

No obstante puede suceder que este menoscabo se produzca como consecuencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 62 inciso primero y que los presupuestos del artículo 61 no concurren. En este caso, siguiendo el tenor literal del artículo, el juez competente podría denegar la compensación, pero si este juez sigue los criterios del artículo 62 inciso primero podría determinar que existe un menoscabo económico que compensar.⁴⁵

Más extremo es el planteamiento del profesor citado, a propósito de la no taxatividad del artículo 62 inciso 1°. El autor se plantea la siguiente interrogante: ¿podrá el juez tener por determinado el menoscabo por algún criterio que no este ni en el artículo 61 de la LMC ni en el artículo 62 de la LMC? , contestando enseguida afirmativamente por las siguientes razones:

- el presupuesto del artículo 61 no es esencial sino prototípico
- Según el tenor literal del artículo 62 inciso primero, los criterios ahí enumerados, sólo deben tenerse en cuenta especialmente, expresión clave para decir que esta enumeración es meramente ejemplar y no taxativa.⁴⁶

⁴¹ Turner Saelzer, Susan. "Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función."...P. 485

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Corral Talciani, Hernán. *Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial*....P.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ El profesor Corral da el ejemplo de una mujer que no trabajo, no porque se dedico al hogar o a los hijos en común, sino porque sufría una enfermedad mental o física incapacitante. Corral Talciani, Hernán. *Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial*....P.

⁴⁶ *Ibíd.*

4.3 CARACTERIZACIÓN DEL CATÁLOGO DE CIRCUNSTANCIAS ESTABLECIDAS EN EL ART. 62 INC. 1º LMC.

Los aspectos más importantes de estas circunstancias son los siguientes:

a) La enumeración que realiza el artículo 62 inc. 1º no es taxativa. Como ya se adelantaba en el punto anterior, el término que utiliza el legislador en el artículo en comento es que dichas circunstancias que ahí se enumeran se consideraran especialmente. Lo mismo ocurre en el derecho español donde el catálogo de circunstancias que debe tomar en cuenta el juez para decretar la pensión compensatoria, en juicios de separación y divorcio, es similar a las circunstancias que establece el artículo 62 inc. 1º. La doctrina de este país se ha uniformado en torno a la idea de que el catálogo de circunstancias establecidas en el artículo 97 del código civil español no es taxativo.⁴⁷

Si bien el artículo 62 inc. 1º no es taxativo, la amplitud de los criterios allí enumerados hace poco probable la necesidad de invocar otra circunstancia⁴⁸.

b) No hay un orden de prelación entre las circunstancias, teniendo plena libertad el juzgador para ponderarlas, éste no está sujeto a un sistema de tasación legal⁴⁹. Sin embargo las circunstancias son de una naturaleza variada, algunas parecieran referirse a una pensión de alimentos y otras tienen marcadas bases de una prestación indemnizatoria.⁵⁰ Se advierte, de acuerdo a lo anterior, que la naturaleza de los criterios establecidos para el cálculo de la prestación, no concurren con la naturaleza de la misma⁵¹.

c) El legislador no señaló en que momento deben ser medidas este catálogo de circunstancias, es decir, si es que deben medirse desde la sentencia de divorcio o nulidad, según sea el caso, o en el momento que se produjo la separación de hecho.

⁴⁷ En efecto, como señala el profesor Lalana del Castillo, el propio tenor literal del art. 97 aduce la apreciación de que este no tiene carácter de *numerus clausus* al señalar “ El juez fijara la pensión teniendo en cuenta, *entre otras* las siguientes circunstancias...”El autor señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia esta de acuerdo en el carácter de *numerus apertus* de las circunstancias del artículo 97

⁴⁸ Turner Saelzer, Susan. “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función.”...P. 487

⁴⁹ *Ibíd...*

⁵⁰ Montero Aroca, Juan. La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 148

⁵¹ *Ibíd...*

4.4 RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 61 Y 62 LMC.

Las funciones asignadas al artículo 62, a saber, el configurar la existencia del menoscabo económico y determinar el monto de la prestación, implican que el catálogo de circunstancias opere en dos momentos, como se esbozo anteriormente, configurando el menoscabo y luego cuantificándolo⁵².

En un primer momento, delimitan el menoscabo, ya que no todo daño que provenga de la situación en que el cónyuge que se pretenda beneficiario, se dedicó al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común, deberá ser reparado. Este menoscabo solo deberá ser reparado si según las circunstancias del artículo 62 inc. 1º es relevante⁵³.

En un segundo momento, las circunstancias operan como delimitadoras de la cuantía de la compensación económica, una vez que se ha estimado precedente.

Esta vinculación de las disposiciones le da una interpretación más estricta y acorde con su finalidad, según lo señala la profesora Turner Saelzer ya que implica que no todo daño que derive del prototipo básico establecido en el artículo 61 LMC sea compensado y además porque impone al cónyuge que se pretende beneficiario de la compensación económica la carga de la probanza en lo que concierne a los elementos que configuran el menoscabo⁵⁴.

Lo anterior, permite que la compensación económica responda a una naturaleza indemnizatoria de un sacrificio que realizó uno de los cónyuges en pro de la familia, ya sea teniendo el cuidado de los hijos o realizando las labores del hogar común⁵⁵.

5. ANALISIS DE LA CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 62 INC. 1º LMC EN PARTICULAR.

Nº 1 Duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges.

Esta circunstancia constituye criterio asistencial y común a ambos cónyuges.⁵⁶ Exige de parte del juez una mirada al pasado, retrospectiva.

Esta circunstancia no tiene por sí sola un contenido patrimonial, ya que el hecho de que los cónyuges hayan estado unidos en vínculo matrimonial durante cierto tiempo o hayan convivido sin estar casados, no dice nada acerca de la situación económica de los cónyuges, ni del menoscabo que pudo producirse producto de esta convivencia. Solo cobra

⁵² Turner Saelzer, Susan. "Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función."...P. 489

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.* 490

⁵⁵ Cabezuela Arenas, Ana citado por Turner Saelzer, Susan. "Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función."...P. 491

⁵⁶ Turner Saelzer, S., *op.cit.*, p. 492

sentido, en la medida que sea tomada en cuenta en conjunto con el resto de las circunstancias establecidas en el artículo 62 inciso 1º⁵⁷. Es decir esta circunstancia pudo haber influido en que uno de los cónyuges haya sufrido un menoscabo económico⁵⁸, pero solo si se analiza en conjunto con los siguientes parámetros establecidos en el artículo 62 inc 1º LMC.

Más relevante es aun la duración de la vida en común ya que, este tiempo, será el que determine la extensión de la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores domésticas, así como los perjuicios que dicha dedicación originó⁵⁹.

Ambos lapsos de tiempo deben aplicarse tanto al divorcio como a la nulidad matrimonial, cada vez que éstos no coincidan. Lo anterior queda claro, ante la situación de que la convivencia matrimonial haya durado poco, caso en que se tomará en cuenta la efectiva convivencia conyugal y en el caso que una separación se haya prolongado hasta el divorcio, se sumará a la convivencia de hecho el tiempo que duró el matrimonio⁶⁰.

En conclusión prevalecerá la convivencia efectiva que tuvieron los cónyuges, ya sea sin vínculo matrimonial, o ya después de contraído el matrimonio.

Ésta circunstancia tiene un marcado carácter objetivo, pero no un carácter patrimonial, lo que ha llevado a algunas legislaciones comparadas a prescindir de ella, como por ejemplo en el modelo francés, ya que no constituye un criterio de valoración de necesidades; sin embargo en otras legislaciones como la alemana, juega un papel decisivo.⁶¹

Por último, sobre este punto, la regla debiera ser que ante un matrimonio más largo, mayor debería ser el menoscabo sufrido, por tanto mayor también debería ser el monto de la compensación.

Nº 2 Situación Patrimonial de ambos cónyuges.

Este segundo antecedente puede hacer presumir que una eventual condición patrimonial disminuida de uno de los cónyuges sea producto de no haber desarrollado una actividad lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía o quería, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común⁶².

Esta circunstancia es un criterio inherente a una prestación asistencial y es de carácter objetivo.⁶³ Ésta es la circunstancia más alejada de la naturaleza indemnizatoria de la compensación económica

El detrimento en la situación patrimonial del cónyuge más débil debe ser causa directa de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común, reconociéndose

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Barrientos Grandon, J.; Novales, A., o.p. Cit., p. 426

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Turner Saelzer, S., op.cit., p. 494

⁶¹ Campuzano Tomé, H., op.cit., pp. 122-125

⁶² Barrientos Grandon, J.; Novales, A., op. cit., p. 426

⁶³ Turner Saelzer, S., op.cit., p. 494

así, un cierto valor al trabajo doméstico realizado por el cónyuge beneficiario, para que luego se le compense el daño o menoscabo sufrido, ya que éste se vio privado de la posibilidad de desarrollar una actividad lucrativa que le permitiera aumentar su patrimonio.

El legislador reconoce la difícil situación en que se encuentra el cónyuge divorciado, que tras un largo periodo de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores de la casa, carecerá de los requisitos y de la capacidad para iniciar una actividad profesional, o en su caso para reemprender la interrumpida por contraer el matrimonio y haberse dedicado a las tareas ya mencionadas.⁶⁴

La importancia de esta circunstancia radica, no sólo en el hecho de la pérdida de expectativas que puede llevar aparejada la dedicación a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, sino también cobra relevancia en lo referente a la aportación patrimonial que el trabajo doméstico puede suponer.

Uno de los problemas que presenta esta circunstancia, es el momento en que esta deberá ser evaluada, ya que pudiera darse la posibilidad que durante el tiempo intermedio, entre la separación y el divorcio, acaezcan cambios patrimoniales importantes, como por ejemplo si el cónyuge beneficiario hereda una cuantiosa fortuna, luego de la separación. Esta dificultad que se salva recurriendo a la naturaleza jurídica de esta prestación, ya que lo que se trata de indemnizar mediante la compensación económica, es el daño efectivamente sufrido, independiente del azar o la buena o mala fortuna que puede sobrevenirle al cónyuge solicitante.

Nº 3 La buena o mala fe

Esta es una circunstancia típica de una prestación indemnizatoria.⁶⁵ Además, es la más subjetiva de las circunstancias, y esta referida a cualquiera de los cónyuges.

Esta circunstancia exige una mirada al pasado por parte del juez,⁶⁶ y sólo sería relevante para los casos de examinar la buena o mala fe para efectos del matrimonio nulo pero putativo y para los casos de la culpabilidad de uno de los cónyuges como causa del divorcio. En ambos casos lo que se trata de evitar es que quien contrajo un matrimonio a sabiendas de que era susceptible de nulidad, o en el segundo caso, el cónyuge que se pretende beneficiario dio origen al divorcio por su culpa, no obtenga posteriormente una compensación de parte del cónyuge de buena fe. Lo anterior no es más que una aplicación del principio "*Nemo auditor propriam turpitudinem allegare*".⁶⁷

⁶⁴ Campuzano Tomé, H., op. cit. pp. 108-1114

⁶⁵ Turner Saelzer, S., op.cit., p. 497

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ La inclusión de este criterio dio lugar a una larga discusión en el senado, el Senador Chadwick manifestando su interés en que se mantenga argumento lo siguiente: "Conforme al debate en la comisión, la intención fue incorporarla. No fue un error. Esta relacionada con la situación de aquel cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio y después reclama la compensación económica. En la comisión se estimo que esta

El inciso 2º del art. 62 LMC que considera la culpa del cónyuge solicitante en el divorcio, abona la interpretación de que la buena o mala fe debe considerarse en el matrimonio nulo o putativo, ya que en el caso de la culpabilidad de uno de los cónyuges como causal de divorcio debe considerarse este inciso 2º del art. 62 LMC⁶⁸.

En conclusión, este criterio cumple dos funciones, la primera, configura o cuantifica como un elemento sancionador, sea excluyendo totalmente la procedencia de la compensación, sea limitando su monto, materia que queda entregada por completo al juzgador⁶⁹.

Nº 4 La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario

Es una circunstancia de carácter asistencial y objetivo y mira sólo al beneficiario⁷⁰. Además tiene un contenido patrimonial; y al igual que las otras circunstancias debe interpretarse en conjunto con los otros criterios establecidos en el art. 62 inc. 1º, como por ejemplo el acceso al mercado laboral, la situación previsional, etc.

Esta circunstancia permitirá al juez, formarse una idea acerca de la readaptación para el futuro del cónyuge que solicita la prestación, y por tanto a de ser valorada al momento de dictarse la sentencia, ya sea de divorcio o nulidad⁷¹. Es por esta razón que si bien el juez apreciara la edad y el estado de salud del beneficiario al momento en que este solicite la compensación, el juez deberá dar una mirada prospectiva, ya que lo relevante en este punto, no es la edad en si misma, ni la gravedad de la enfermedad, sino su influencia en la reinserción al mercado laboral del cónyuge beneficiario, es decir, estos criterios determinan el coste de oportunidad laboral⁷².

En la práctica, el juez deberá descontar del monto a compensar del monto del menoscabo, aquel que queda cubierto por las prestaciones de seguridad social.⁷³

También tendrá que tener en cuenta el juzgador si el cónyuge tiene la posibilidad de volver a casarse⁷⁴. Ya que mantener la vinculación patrimonial, entre un hombre y una mujer, que ya no están unidos por el matrimonio, durante un tiempo muy prolongado significaría limitar al deudor de la compensación para formar una nueva familia.⁷⁵

situación incluso puede ser antinatural o extraordinariamente fuerte, porque se permite a alguien que da lugar al divorcio por culpa..... además pueda exigir compensación... Diario de sesiones del senado. Publicación oficial. Nueva ley de matrimonio civil sesión ordinaria 33º, 21-I-2004, p. 713, citado en ⁶⁷ Barrientos

Grandon, J.; Novales, A., op. cit., p. 426

⁶⁸ Turner Saelzer, S., op.cit., p. 499

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Sin perjuicio que pueda considerarse como otra circunstancia, de aquellas no establecidas en el artículo 62 inciso 1º, el estado de salud del cónyuge deudor de la compensación, debido a que las circunstancias de dicho artículo no son taxativas.

⁷¹ Campuzano Tomé, H., *op. cit.* Pp. 94-95.

⁷² Turner Saelzer, S., op.cit., p. 502

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ García Cantero, G, citado por Turner Saelzer, S op. cit., p. 502

⁷⁵ Turner Saelzer, S., op.cit., p. 502

Nº 5 Situación del cónyuge beneficiario en materia de beneficios previsionales y salud

Es un criterio de carácter asistencial, objetivo, de carácter netamente patrimonial y que sólo se refiere al cónyuge beneficiario⁷⁶. El juez al evaluar esta circunstancia, debe evaluar cuales serían los beneficios en esta materia si el cónyuge beneficiario hubiese trabajado remuneradamente durante el matrimonio, con la que realmente tiene, proyectándola hacia el futuro.⁷⁷

En esta circunstancia habrá de examinarse, en definitiva, si el cónyuge beneficiario carece de previsión social o teniéndolas, están disminuidas en relación con personas de su misma edad y condición.⁷⁸

La relación entre este criterio y el menoscabo económico es directamente proporcional, a mayor pérdida de beneficios previsionales y de salud, mayor es la compensación que deberá pagar el cónyuge deudor.⁷⁹

Nº 6 Cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario

Se trata de una circunstancia asimilable a criterios asistenciales, objetiva y que está relacionada sólo con la persona del cónyuge acreedor de la compensación económica. Esta circunstancia exige capacidades casi proféticas o adivinatoras del juez, pues en los tiempos actuales, por más cualificado que esté una persona profesionalmente, la aleatoriedad de acceso a un empleo es muy probable,⁸⁰ ya que ni siquiera el nivel de preparación de una persona que busca un puesto de trabajo no le asegura que lo obtendrá.⁸¹

El juez, al revisar este criterio, deberá en un primer momento analizar que posibilidades tiene el cónyuge acreedor de insertarse en el mercado laboral, de acuerdo a su nivel de preparación y según el mercado al cual deba insertarse, y en un segundo momento, determinar cual sería la remuneración que obtendría en ese trabajo⁸².

La doctrina comparada considera que la circunstancia de cualificación profesional y acceso al mercado laboral ha de jugar casi siempre a favor de la mujer que sin una cualificación profesional o habiendo renunciado a su ejercicio por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar en común y que luego se ve enfrentada a un divorcio acaso no querido.⁸³

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Cfr. Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquezar, A. ob. cit., p. 427

⁷⁹ Turner Saelzer, S., op.cit., p. 503

⁸⁰ Cfr. Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquezar, Aranzazu, ob. cit. P. 427

⁸¹ Turner Saelzer, S., op.cit., p. 503

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Campuzano Tomé, Herminia, op. cit. pp. 103-107

Nº7 Colaboración del cónyuge beneficiario en las actividades lucrativas del otro cónyuge

Pareciera que esta circunstancia no participa de un carácter ni indemnizatorio, ni asistencial.⁸⁴ Este criterio se acercaría al fundamento de la evitación del enriquecimiento sin causa, que ha sido recogido por alguna parte de la doctrina⁸⁵.

Esta circunstancia alude al cónyuge, en el caso de que haya desarrollado actividades no en beneficio propio, sino en pro del desarrollo profesional y laboral del otro, colocando especial atención al hecho de que el cónyuge pueda haber llegado a cumplir hasta el extremo su deber de ayuda con respecto al otro⁸⁶.

⁸⁴ Turner Saelzer, S., op.cit., p. 505

⁸⁵ Saura Alberdi, B., op. cit..., P. 155, Citada por Turner Saelzer, S., op. cit. , p. 506

⁸⁶ Cfr. Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquezar, Aranzazu, ob. cit. P. 427

CAPITULO SEGUNDO

COMPENSACIÓN ECONÓMICA ANTE LA JURISPRUDENCIA^{87 88}

El objetivo fundamental de éste segundo capítulo radica en el estudio y análisis de algunos fallos relevantes emanados de los Juzgados de Familia y de las Corte de Apelaciones relativas a la compensación económica. Se pretende establecer la manera en que la jurisprudencia ha entendido los presupuestos del artículo 61 de la LMC y como han operado los criterios cuantificadores de esta institución, contenidos en el artículo 62 inciso 1° de la misma ley.

1. PRESUPUESTOS DE SU OTORGAMIENTO

1.1 Dedicación al hogar común y al cuidado de los hijos:

Para condenar al pago de la compensación económica, uno de los presupuestos de su otorgamiento, establecido en el artículo 61 de la LMC, es que uno de los cónyuges, por dedicarse a las labores propias del hogar común o al cuidado de los hijos, no pudo desarrollar una actividad lucrativa, o lo hizo en la menor medida de lo que quería o podía, situación que le produce un menoscabo económico, que debe compensarse.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Antofagasta en sentencia Rol 120-2006, con fecha 13 de Abril del 2006⁸⁹, conociendo de una apelación a una demanda de divorcio en que no se concede en primera instancia compensación económica, revoca el fallo de primera instancia, en la parte que rechaza la demanda reconventional de compensación económica y, en su lugar, se declara que ella es procedente, debiendo pagar el recurrente a título de compensación económica a la recurrida sesenta ingresos mínimos mensuales fijados para efectos remuneracionales, suma que asciende en definitiva a \$ 945.000.

La Corte estima que esta suma es suficiente para compensar económicamente el menoscabo que sufrió la cónyuge como consecuencia de entregarse por completo a los cuidados de su hija y a las labores propias del hogar común, además de otras circunstancias

⁸⁷ Se ha establecido en numerosos fallos la posibilidad de renunciar a la compensación económica, en este sentido ver fallo Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de Agosto del 2006, Rol N° 1714-2005.

⁸⁸ Si la compensación no se impetro en el demanda, se le impone al juez la carga procesal de informar a los cónyuges la existencia de tal derecho en la audiencia de conciliación a la que el debe llamar. La omisión de este requisito esencial es susceptible de casarse mediante el recurso de casación de oficio. En este sentido ver Corte de Apelaciones de Talca, 13 de septiembre del 2006, rol N° 720-2006. Corte de Apelaciones de la Serena, 30 de marzo del 2006, rol N° 1496-2006. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de abril del 2006, rol N° 52-2006.

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 13 de Abril del 2006, causa rol N° 120-2006 disponible en <http://www.aucia.cl>.

como el no haber podido desarrollar una actividad lucrativa, incluso, según lo señalado por el fallo, procede la compensación cuando a lo menos se haya deteriorado la capacidad de realizar esta actividad.

El considerando segundo, la compensación económica exige como presupuesto básico, la circunstancia de que el cónyuge se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Además en el considerando sexto se vuelve a hacer alusión a este presupuesto al señalar que para arribar a la conclusión anterior se ha tenido presente la historia fidedigna de la ley, en la medida que el informe de la comisión mixta, a propósito de la indicaciones 175 y 183, consagró claramente que para acordar la indemnización, debe establecerse un aporte equivalente a la colaboración que ha efectuado el cónyuge que se ha dedicado al hogar e incluso estimó que no procedía la misma cuando cada uno de ellos durante el matrimonio desarrolló actividades similares o se encontraron en igualdad de condiciones, cuyo no es el caso ⁹⁰.

En sentencia Rol N° 977-2005, emanada de la Corte de Apelaciones de La Serena⁹¹, en su considerando cuarto, se señala que si se le da una atenta lectura del artículo 61 de la LMC, esta lleva a concluir, sin duda alguna, que la opción libre y voluntaria de la mujer dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar, independiente de si pudo o no desarrollar una actividad remunerada, no constituye motivo legal para negar la compensación en estudio, ya que una vez probado que quien solicita la prestación estuvo dedicado al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, no pudiendo desarrollar una actividad remunerada es procedente la compensación, incluso si contó con asesoras u otras colaboradoras que la ayudaran en dicha labor.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia Rol N° 912-2006, ⁹² conociendo a través de consulta de una sentencia de primera instancia, eleva el monto asignado por concepto de compensación económica, de \$200.000 a \$350.000, considerando para tal efecto en su considerando segundo que ha quedado acreditado que la cónyuge que solicitó en primera instancia la prestación no desarrolló una actividad remunerada durante el matrimonio y que eso se debió a la dedicación que puso destinada al cuidado y crianza no sólo de los dos hijos concebidos en el matrimonio, sino que, también, de los cuatro hijos que el demandado de reconvenición aportó de un primer matrimonio.

Resulta interesante el voto disidente del Ministro Oscar Clavería Guzmán en el fallo Rol N° 1.161-2005 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta⁹³, quien se inclina por otorgar la compensación económica, ya que de acuerdo a lo que quedo establecido en el informe social, no habría que usar ni siquiera los principios de la lógica para entender la necesidad

⁹⁰ En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Antofagasta, 20 de diciembre del 2006, causa Rol N° 855-2005

⁹¹ Corte de Apelaciones de La Serena, 2 diciembre del 2005, causa Rol N° 977-2005

⁹² Corte de Apelaciones de Temuco, 24 de Octubre del 2006, Rol N° 912-2006, disponible en www.poderjudicial.cl

⁹³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de Mayo del 2006, N° 1.161-2005, disponible en www.aucia.cl

de la compensación económica frente al grave deterioro que tuvo la mujer en la educación de sus hijos y en la formación como persona que no conoció juventud, menos diversión juvenil ni desarrollo de amistades que pudieran encausarla a obtener un oficio adecuado para sustentar su vida, ello emerge de un simple razonamiento dado por la experiencia que tiene todo ser humano que vive en una sociedad civilizada como la nuestra.

En el mismo sentido también se pronuncia la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta del 13 de Junio del 2006, Rol N° 247-2006, que señala que la circunstancia de haber sufrido un menoscabo, se habría originado en el hecho de que la solicitante de la prestación en análisis, no pudo desarrollar una actividad remunerada por haberse dedicado durante el matrimonio a la crianza de los hijos comunes y a las labores propias de la convivencia conyugal, de manera que si se ha acreditado esta circunstancia, sólo bastará para su regulación acudir a los propios parámetros establecidos en el artículo de la ley de matrimonio civil para fijar su monto.

También el Juzgado de Familia de Puerto Varas,⁹⁴ concedió \$60.000.000 por concepto de compensación económica, considerando que de acuerdo a la prueba rendida en el juicio, quedo acreditado que la solicitante sufrió un menoscabo económico, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado del hogar y de la hija en común, ya que en el momento que contrae matrimonio dejó de trabajar y se fue a vivir al campo junto a su cónyuge, además se considero la situación patrimonial del cónyuge deudor, que será analizado posteriormente.

Muy relevante resulta también, la sentencia Rol N° 69-2006 emanada de la Corte de Apelaciones de Antofagasta⁹⁵, ya que si bien la cónyuge que solicita la compensación económica efectivamente compartió el hogar común por 19 años, produciéndose la separación de hecho cuando los hijos en común tenían 15, 16 y 10 años, de lo que se infiere que mientras el padre trabajaba, la madre se dedicaba al cuidado de los hijos; situación que hace presumible una compensación económica, esta se niega en definitiva, ya que a juicio del Tribunal, en virtud de que el padre, luego de la separación de hecho, ha debido obtener el sustento necesario para que los hijos puedan vivir y desarrollarse, dedicándose además al cuidado de ellos y a las labores propias del hogar, lo que sin lugar a dudas, a juicio del Tribunal de Alzada, lleva a la lógica e inevitable conclusión que debido a estas múltiples funciones no ha podido desarrollarse profesionalmente para conseguir especialidades o mayores estudios que pudiesen significar un progreso en su profesión que implique un aumento de su remuneración, debiendo este dedicarse a las labores de la casa, al cuidado de los hijos, no quedando por tanto en una situación jurídica de pagar a la cónyuge solicitante la prestación aludida, ya que a juicio del tribunal, ésta de despreocupo de la educación y formación de sus hijos en un periodo importante de sus vidas, generándose

⁹⁴ Juzgado de Familia de Puerto Varas, 30 de Abril del 2006, Rol N° 130.

⁹⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de Abril del 2006, Rol N° 69-2006, disponible en www.aucia.cl

para ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre si, sin que puedan ser justificantes de alguna compensación.

Respecto al cuidado de los hijos, se ha considerado en varias sentencias de divorcio que han otorgado compensación económica, al calcular la procedencia y cuantía de la compensación, el hecho de que el cónyuge solicitante de esta prestación, no solo se dedicó al cuidado de los hijos comunes, sino también al de los hijos que el cónyuge deudor aportó al matrimonio de una relación previa.⁹⁶ Es el caso de la sentencia Rol N° 2006 donde se considero el hecho de que la cónyuge beneficiaria estuvo al cuidado de los cuatro hijos que el cónyuge deudor aportó al matrimonio. En vista de esta circunstancia se otorga por el tribunal de segunda instancia por concepto de compensación económica la suma mensual de \$350.000, que en primera instancia se había otorgado pero en una suma menor (\$200.000).⁹⁷

La Corte de Apelaciones de Valdivia en fallo 548-2006⁹⁸ estima que el punto fundamental es determinar si se le produjo un menoscabo económico a la cónyuge que solicita se le conceda la compensación económica, producto de su dedicación al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común, y si es procedente, determinar su cuantía.⁹⁹

Se aprecia claramente en este fallo, las dos funciones asignadas al artículo 62, a saber el configurar la existencia del menoscabo económico y determinar el monto de la prestación, implican que el catalogo de circunstancias opere en dos momentos, configurando el menoscabo y luego cuantificándolo.

1.2 Falta de trabajo remunerado

Sobre este punto el considerando segundo de la sentencia Rol N° 120-2006 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta¹⁰⁰, desarrolla de manera muy clara y bien fundamentada este presupuesto, explicando que el artículo 61 de la LMC se trata de una norma que tiende a compensar económicamente una situación injusta, que se produce como consecuencia de que uno de los cónyuges no se desarrolló individualmente como persona, en la medida que este, al dedicarse a las labores del hogar y de los hijos en común, no le fue permitido obtener una especialización que le haya brindado permanentemente una actividad remunerada, que constituye la base de los beneficios previsionales y de salud para toda la vida; ya que el divorcio implica la desvinculación de los cónyuges y, por lo tanto, finaliza la colaboración mutua, quedando el cónyuge que ha entregado enteramente su actividad a la familia, en los términos señalados, en la más completa indefensión para realizar actividades lucrativas, más aún en un país subdesarrollado que no posee una política integral de pleno

⁹⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, 24 de octubre del 2006, Rol N° 912- 2006

⁹⁷ *Ibíd.* Considerando Tercero

⁹⁸ Corte de Apelaciones de Valdivia, 10 de Enero del 2007, Rol N° 548-2006

⁹⁹ En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Valdivia, 11 de enero del 2007, Rol N° 610-2006.

¹⁰⁰ *Ibíd.* 24

empleo o seguridad social y en el que los salarios de los trabajos menores, en su mayoría, no alcanza para satisfacer las necesidades mínimas de alimentación, vestuario y movilización.

En uno de los fallos analizados, se declara procedente la compensación económica que había sido rechazada en primera instancia por el juez del grado, ya que la cónyuge solicitante había estudiado una carrera técnica y había percibido algunos ingresos propios que le permitieron solicitar sus gastos, ya que a juicio de la Corte, el estudio de una carrera técnica menor y hasta el procurarse ciertos aportes económicos a través de ellos, que en la especie no se han determinado en su cantidad e importancia, en nada refutan los presupuestos fácticos esenciales del beneficio en referencia si, como sucede en la especie, no resulta discutido que la mujer se dedicó efectiva y principalmente al cuidado de los hijos, que eran solo hijos del cónyuge demandado, y que ello le impidió al menos en una medida inferior- desarrollar una actividad lucrativa a tiempo completo, que le hubiese permitido mirar con mayor tranquilidad su futuro sustentable¹⁰¹.

En esta sentencia se condena en definitiva al pago de 993,6 UF por concepto de compensación económica al demandante reconvencional de ésta.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta con fecha 13 de junio del 2006, señala sobre este punto que ninguna mujer que carezca de profesión o de habilidades especiales puede obtener una actividad remunerada respecto de un cónyuge de salarios menores, criando hijos y dedicándose a las labores del hogar. Incluso, ello implica un impedimento real para los oficios calificados, porque a los cincuenta años de edad (aquí se toma en cuenta la circunstancia edad del cónyuge beneficiario), resulta casi imposible obtener un empleo remunerado sin haber tenido experiencia laboral. Sobre este aspecto cabe mencionar que a juicio del Tribunal de Alzada, no influye la afirmación del demandado reconvencional en el sentido de que la cónyuge no quiso trabajar, porque la decisión de dedicarse al cuidado de la hija y a las labores propias del hogar común, de acuerdo a la experiencia, según los niveles de remuneración existente, no sólo es válida sino recoge las ventajas comparativas, en cuanto a los gastos en que se incurre por la ausencia de la madre en el hogar y lo que ésta pudiera obtener desarrollando el oficio de peluquera que no se ha discutido en la causa, es decir, no influye en la compensación económica la decisión de no trabajar para obtener remuneraciones mínimas y dedicarse a los cuidados de la hija y del hogar, con el objeto de permitir un mejor desarrollo integral.

Sobre esta circunstancia, la Corte de Apelaciones de Talca en sentencia Rol N° 1504- 2006, conociendo de un juicio de divorcio, niega la compensación económica solicitada en la demanda reconvencional, ya que según quedo acreditado en la causa, la cónyuge solicitante , realizó durante toda la vida en común que tuvo con su cónyuge, una activa vida profesional y comercial, adquiriendo numerosos inmuebles, tanto urbanos como rurales, además de dinero en

¹⁰¹ Corte de Apelaciones de Rancagua, 20 de junio de 2006, considerando segundo, causa Rol N° 529-2006, disponible en www.aucia.cl

depósito o en cuentas de ahorro, en contraste con el cónyuge demandado reconvencional de compensación económica, quien ni siquiera tiene casa propia y vive pagando una pensión en una casa particular, y subiste gracias a una modesta pensión de jubilación. Aquí además de que no se cumple el presupuesto del artículo 61 que es, que no se desarrolle una actividad lucrativa, se toma en cuenta además, para denegar la compensación, la capacidad patrimonial de ambos cónyuges.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, ha considerado al igual que otros fallos citados que la situación de que la cónyuge que solicita la compensación económica, haya percibido durante el matrimonio, ingresos, no obsta para que se declare procedente esta prestación compensatoria.

Los fundamentos esgrimidos por el fallo son, que si bien la cónyuge beneficiaria trabajó durante toda la vigencia de secretaria en la Universidad, lo hizo sin una preparación profesional, dedicándose además al cuidado de los hijos en común y a las labores de la casa, y además en relación con la circunstancia que alude a la colaboración que haya prestado el cónyuge beneficiario en las actividades lucrativas del otro cónyuge, cobra importancia el hecho que durante el matrimonio, esta mujer, además de trabajar como secretaria en la universidad, realizar las labores domésticas y dedicarse al cuidado de las hijas en común, debió financiarle la carrera de ingeniería electrónica que el cónyuge deudor estudió, obteniendo un título universitario y un post grado. Por todo lo anterior se concede la compensación económica, fijándose por tal, la suma de \$ 10.000.000, ya que inequívocamente esta sufrió un menoscabo económico durante el matrimonio.

1.3 Menoscabo Económico

La Corte de Apelaciones en fallo rol N° 1275-2006 estima que para se acoja la demanda de compensación económica, no basta que la cónyuge solicitante 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. Siguiendo a la profesora Carmen Domínguez; Paulina Veloso Valenzuela, y Álvaro Vidal Olivares, según lo señala el mismo fallo.

Se ha desestimado por parte de la jurisprudencia, aquellas peticiones de compensación económica en que no se ha logrado acreditar el menoscabo económico. Es el caso de la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Rancagua rol N° 1614-2005, donde el cónyuge que lo solicita, ni siquiera alega los presupuestos del artículo 61 y menos rinde prueba sobre ellos, solo se limita a solicitar, lisa y llanamente, que se le otorgue compensación económica, situación que impide al tribunal concederla.¹⁰²

¹⁰² Corte de Apelaciones de Rancagua, 23 de marzo del 2006, Rol N° 1614-2005.

El fallo citado entiende por menoscabo económico, siguiendo en esta materia al profesor Vidal Olivares, el desequilibrio entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio para enfrentar sus vidas separas en el futuro. Sin perjuicio de que la compensación económica mira hacia atrás, para determinar si habrá derecho a ella, tiene el propósito de compensar el efecto del menoscabo en el futuro, tal como resulta de lo dispuesto en los artículos 27 y 55. Por esta misma razón es que la compensación económica es una de las concreciones más importantes del principio protector del cónyuge más débil,¹⁰³ consagrado en el artículo 3° de la misma ley. En concordancia con lo expuesto, la corte tiene en consideración la circunstancia de que el cónyuge deudor está jubilado, tiene 57 años, que su estado de salud no es bueno, ya que quedo acreditado que sufre de cardiopatías coronarias, siendo sometido a distintas cirugías, y que la actora reconvenzional que solicita el pago de la pensión , jamás solicitó alimentos; por tanto, la Corte desestima la procedencia de la compensación económica, ya que por lo anteriormente expuesto podría señalarse que el cónyuge más débil en esta litis, es el demandado reconvenzional.

La Corte de apelaciones de Valdivia en sentencia rol N° 308-2005 estima que existe un menoscabo económico sufrido por la cónyuge solicitante de la compensación económica ya que esta no ejercio ninguna actividad remunerada durante el tiempo de convivencia, además al momento de casarse, ésta abandono el colegio, renunciando a seguir una carrera profesional para dedicarse al cuidado de los hijos, y que luego de la separación se quedo al cuidado de los hijos, esto unido a la circunstancia del deteriorado estado de salud en que se encuentra (sufre de diabetes). Para fijar la cuantía de esta compensación, la Corte siguió básicamente el criterio del estado de salud de la cónyuge y la capacidad patrimonial del cónyuge deudor, quien no cuenta con una situación económica solvente, por tanto, la corte de apelaciones de Valdivia, concede \$6.000.000 a título de compensación económica, el que se fija en cuotas mensuales de \$50.000, pagaderos durante 10 años.

La Corte de Apelaciones de Rancagua, con fecha 23 de marzo del 2006 pronuncia la sentencia Rol N° 1614-2005, que en su configurando segundo y tercero desestiman la procedencia de la compensación económica, ya que la cónyuge solicitante no invocó, probó ni acreditó el menoscabo económico, no bastando la sola mención de que se dedico al cuidado de los hijos, por tanto la corte resuelve que esta impedida de acoger la pretensión de la cónyuge solicitante, ya que no se da la exigencia básica, que es , la configuración del menoscabo.

¹⁰³ Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de Septiembre del 2006, Rol N° 1275-200.6

2. CIRCUNSTANCIAS CUANTIFICADORAS DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

2.1 Duración del matrimonio y vida en común de los cónyuges

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago deja establecido que la convivencia matrimonial se extendió desde la celebración del matrimonio, 11 de agosto de 1978, hasta el cese de la vida en común, hecho que ocurrió el 3 de abril de 1997, esto es, que el matrimonio tuvo una duración de más de 18 años, reconociendo este hecho como una de las circunstancias cuantificadoras de la compensación económica, tomando en cuenta además la capacidad patrimonial del cónyuge deudor, el Tribunal de Alzada otorga en definitiva para este caso la suma de \$ 24.000.000.¹⁰⁴

La sentencia Rol N° 529-2006,¹⁰⁵ ante un matrimonio que tuvo una vida en común de 16 años, otorga, considerando esta circunstancia en conjunto con el compromiso afectivo y el cuidado de los hijos de su cónyuge, la suma total y única de 993,6 Unidades de Fomento (equivalentes a la fecha de este fallo a \$18.023.218), que podrán ser sufragada en 180 cuotas mensuales iguales de 5,52 Unidades de Fomento (\$100.128,9 a la fecha del fallo)

Si bien puede considerarse que un matrimonio de más de 15 años es de larga duración, este sólo criterio no basta para que se haga procedente la compensación económica. Es éste el caso de la sentencia Rol N° 1161- 2005, donde la Corte de Apelaciones de Antofagasta, no da lugar a la compensación económica, ya que a pesar de que el vida en común de los cónyuges duró 18 años, y más aun la cónyuge que la solicita se dedicó efectivamente durante estos años a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, esto porque la situación patrimonial de la cónyuge que solicita el pago de la prestación es mucho mejor que la del cónyuge deudor, los cónyuges se encuentran separados de hecho hace 20 años y además ambos rehicieron su vida sentimental, las condiciones de salud de ambos también está muy deteriorada, por lo que en definitiva , se niega la pretensión relativa a la compensación económica.¹⁰⁶El voto disidente de este fallo está por otorgar la suma de \$540.00 pagaderos en 36 meses, ya que a su juicio debió atenderse al hecho de que la cónyuge solicitante tenía 13 años cuando contrajo matrimonio, lo que produjo un menoscabo económico, ya que quedo embarazada antes de los 13 años debiendo dedicarse desde esa fecha, al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, postergando su juventud, y además impidiéndole desarrollar una actividad remunerada. A juicio del Ministro disidente, ese deterioro que se produjo en su juventud debe compensarse económicamente.

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de Marzo del 2006, Rol N° 9287-2005, disponible en www.aucia.cl

¹⁰⁵ *Ibíd.* 31

¹⁰⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de mayo del 2006, Rol N° 1161-2005

En fallo Rol N° 529-2006, emanado de la Corte de Apelaciones de Rancagua se otorga la suma de \$18.023.218 pagaderos en 180 cuotas mensuales, tomándose en cuenta para su cuantificación que el matrimonio duró 16 años, tiempo durante la cual ésta se dedicó al cuidado de los hijos en común y a las labores del hogar, además con el objeto de cuantificar esta prestación se toma en cuenta el estado de salud de la cónyuge beneficiaria, que padece de cáncer de colon.

En un sentido contrario a lo planteado por la doctrina mayoritaria, en relación a considerar para efectos de cuantificar la compensación económica la duración de toda la vida en común de los cónyuges, incluyéndose la anterior al matrimonio; la corte de Apelaciones de Rancagua en fallo N° 897- 2006, desestima la posibilidad de considerar la convivencia antes del matrimonio.

Este señala expresamente lo siguiente: *“Que la ley no permite compensar los desvelos y cuidado que antes de las nupcias haya prodigado la demandante reconvenional a su marido, a los hijos de este o a los hijos comunes, aunque la convivencia existiera, pues expresamente se regula por el legislador la compensación económica producida con ocasión del matrimonio”*.

Contrario a toda lógica, y a criterios de razonabilidad y justicia, el tribunal sigue una concepción demasiado apegado a la letra de la ley y no acorde con los principios que inspiran la normativa de familia.

Sin embargo, la Corte tiene en vista otras circunstancias para estimar la procedencia de la compensación, como por ejemplo el hecho de que la cónyuge, durante la duración del matrimonio (4 años) y luego de la separación, ha sido esta quien se ha dedicado al cuidado de los hijos comunes. La cónyuge beneficiaria además, dejó de trabajar remuneradamente al casarse, para atender la casa, los hijos del marido y los comunes.

La Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia Rol n° 1451-2006, pronunciada el 7 de agosto del 2006, al conocer de una apelación, en que se pide por el demandado reconvenional de compensación económica, que se rebaje el monto de esta, que se le condenó a pagar en primera instancia. La Corte establece la suma de \$6.000.000, dividida en cuotas de \$50.000, por concepto de compensación económica, teniendo en cuenta para su procedencia y cuantificación, que la actora, que es quien solita se declara la prestación a su favor, contrajo matrimonio a los 20 años, que la duración de la vida en común de los cónyuges duró 23 años, tiempo en el cual la cónyuge beneficiaria se dedico a las labores del hogar y al cuidado de la prole; que a la fecha de dictación de la sentencia, el matrimonio tuvo una duración de 40 años, que la cónyuge beneficiaria, carece además de una cualificación profesional, que los cónyuges estaban casados en régimen de sociedad conyugal, que el demandado tiene 65 años y una pensión de 432.161 y que además tiene dos hijos nacidos de una nueva relación.

En sentencia Rol N° 1016-2006, si bien la vida en común de los cónyuges duró 13 años, y la cónyuge solicitante se ha dedicado al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, la Corte niega lugar a la prestación solicitada., ya que si bien se dedicó la cónyuge que solicita la compensación, al cuidado de los hijos y que ello fue obstáculo para que desarrollara una actividad lucrativa, se rechaza la pretensión de la actora reconvencional ya que ella recibió y administró la pensión alimenticia, a favor de los hijos en común, además la actora reconvencional , compró un inmueble. Por las consideraciones expuestas, la Corte estima que la demandante reconvencional de compensación económica, que solicita la compensación no está en la posición de cónyuge más débil.

Un punto importante del fallo es el considerando quinto, que recoge la idea del enriquecimiento sin causa, a propósito de la naturaleza de la compensación en comento, al señalarse que la función de esta institución es reparar el enriquecimiento injusto sin causa alguna de los cónyuges, al haber logrado el beneficio una situación mejor que el que debió sacrificarse en pro de la familia.

2.2 Situación Patrimonial de los cónyuges

La Corte de Apelaciones de La Serena, estimó para determinar la cuantía de la compensación económica el hecho de que el cónyuge deudor contaba con una buena situación económica, éste se desempeñaba al movimiento de tierras y explotación de bosques. Además para efectos de apreciar la situación patrimonial del cónyuge deudor se presentó prueba documental referente a las escrituras públicas y certificados de avalúo de propiedades, además se señaló que desde que se unió en vínculo matrimonial con la cónyuge acreedora de la compensación, contó con una buena situación económica.

La Corte desestimó el hecho de que el cónyuge deudor debiera pensiones alimenticias a sus hijas menores, ya que a juicio del tribunal, esta situación no es dilucidante de su mala situación patrimonial, sino que muy por el contrario , conduce a reconocerle a la madre el hecho de que debe soportar una gran sobrecarga económica.¹⁰⁷

Sobre este mismo criterio, la Corte de Apelaciones de Temuco, en fallo rol N° 912 del 2006, le asigna a esta circunstancia la función de determinar la existencia del menoscabo, al señalar en su considerando 1° que la compensación económica se justifica en la pérdida del cónyuge beneficiario de la vida que tenía durante la vida conyugal en común, cuya causa directa fue la posibilidad del cónyuge deudor para que pudiera realizar una actividad lucrativa en forma exclusiva, teniendo un nivel de vida acorde a esta situación.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en uno de sus fallos, ya analizados a propósito de la duración del matrimonio y vida en común de los cónyuges,¹⁰⁸ considera que el demandado reconvencional de compensación económica, percibe aproximadamente la suma de

¹⁰⁷ Corte de Apelaciones de la Serena, 2 de diciembre del 2005, Rol 977-2005

¹⁰⁸ *Ibíd.* 32

\$1.200.000.- por pensión de retiro, que es de profesión ingeniero en administración como lo declara al individualizarse en la demanda y que estudia actualmente derecho en la Universidad La República donde cursa el 5º año. Además registra numerosos viajes al extranjero según quedo acreditado en la causa, donde se da cuenta de salidas a Estados Unidos, Cuba, México y especialmente Argentina; por lo que en definitiva se le concede a la cónyuge solicitante la prestación económica solicitada, por un monto de 24 millones de pesos, como ya se señaló anteriormente.

Luego, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta queda establecido que una vez probado el derecho a la compensación, corresponde después fijar su monto, para lo cual el tribunal debe remitirse, como ya se dijo, a los parámetros que estable el referido artículo de la ley de matrimonio civil, entre los cuales cobra especial importancia en estos autos, la capacidad económica de las partes,¹⁰⁹ ya que el cónyuge beneficiario sólo subsistía por lo que su cónyuge el proporcionaba.

En el considerando 4º del fallo Rol N° 897- 2006, la Corte de Apelaciones también toma en cuenta las facultades económicas de ambas partes, por un lado, el cónyuge deudor percibe la suma de \$831.460 mensuales y además adeuda a su cónyuge la suma de 294.446 por concepto de pensión de alimentos; y por otro lado la cónyuge beneficiaria no percibe ingresos, por lo que la Corte, en definitiva, otorga la suma equivalente a 651,5 U.F. (\$ 11.000.000 aprox.), pagaderas al contado o en 48 cuotas mensuales de 13 U.F. aprox.

Se ha señalado en el fallo Rol N°2166- 2005 emanado de la Corte de Apelaciones de Concepción, que la compensación económica procede con independencia del régimen patrimonial vigente durante el matrimonio, pues no se trata de compartir el haber común, sino de compensar un daño producido, que es el menoscabo económico, esto es lo que no ingreso al patrimonio del cónyuge beneficiario por haberse dedicado al cuidado de los hijos comunes y a las labores domésticas¹¹⁰

2.3 La buena o mala fe

Este criterio se ha considerado de una forma errónea en la jurisprudencia, por ejemplo en fallo emanado de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol n° 744-2005 se estimó que constituía manifestación de este criterio la buena mala del cónyuge deudor, de entregarle a la cónyuge beneficiaria la suma de 30.000 mensuales voluntariamente, y a pesar de que ésta tenía una vida en común de otra persona.

Sobre este punto, el mismo fallo reconoce el derecho que tienen las personas divorciadas de rehacer su vida, sin que al derecho le sea lícito entrometerse, del modo que las pensiones vitalicias o alimentos, pugnan con el divorcio, y solo deberá establecerse en casos

¹⁰⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 13 de Junio del 2006, Rol N° 247-2006, disponible en www.aucia.cl

¹¹⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de marzo del 2006, Rol N° 2166-2005

extremos. Es por esta razón que el Tribunal de segunda instancia no da lugar al pago de una pensión vitalicia, pero accede a la compensación económica por el monto de \$1.000.000.

En sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, con fecha 6 de diciembre del 2006, se rechaza por la corte el argumento sostenido por la cónyuge que solicita la compensación económica en orden a subsumir dentro de este criterio, en particular, la mala fe del cónyuge deudor al haberle propinado una serie de golpes a su mujer, hecho por el cual fue condenado a pagar una multa.

La Corte desestima este argumento, ya que a juicio de esta, la circunstancia de la buena o mala fe, implica maquinaciones intelectuales con tinte doloso, prolongada en el tiempo, lo que en los hechos de la causa no concurre.

La jurisprudencia sigue confundida en relación al concepto de la buena o mala fe.

2.4 La edad y estado de salud del cónyuge beneficiario

Un elemento de juicio poderoso considerado por el fallo Rol N° 9287-2005,¹¹¹ es la edad de la mujer al momento de la disolución del vínculo matrimonial, 61 años, que obviamente le dificultan el acceso al mercado laboral femenino.

Se ha aceptado certificados médicos y declaraciones juradas de los hijos de la cónyuge que solicita la compensación económica, que si bien no constituyen por si solos medios de prueba, estos indicios apreciados en su conjunto a juicio del Tribunal que esta se dedicó al cuidado de los hijos y a las labores del hogar en común , por 19 años

En sentencia del Juzgado de Familia de Puerto Varas también se considera que la cónyuge que solicita la compensación económica goza de buena salud, ya que si bien quiso establecer que sufría de problemas de salud, esto no quedo acreditado en juicio, no resultando suficiente la declaración de testigos sobre este punto.

La Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia Rol N° 175-2006¹¹², estima que una mujer de 59 años de edad, sin una calificación profesional, hace que se torne imposible para ella obtener un ingreso propio, por lo que se le concede la suma de \$10.000.000 pagaderos en 66 cuotas de \$50.000 mensuales.

2.5 Situación en materia de beneficios provisionales

En sentencia Rol 977-2005, al tramitarse la apelación de una demanda de divorcio, en que en una primera instancia se determina que no es procedente la compensación económica, la Corte de apelaciones de La Serena, revoca este fallo y la declara procedente,

¹¹¹ *Ibíd.* 32

¹¹² Corte de Apelaciones de Rancagua, 6 de Abril del 2006, Rol N° 175- 2006

considerando para tal efecto el hecho de que producto del matrimonio, la cónyuge beneficiaria se retiró de su trabajo, en forma voluntaria, para dedicarse al cuidado de su hija, quedando alejada del sistema provisional y de salud.¹¹³ Este criterio se interpreta armónicamente con el hecho de que la cónyuge beneficiaria, tenía grandes expectativas económicas, ya que al casarse era una mujer joven, estudiante de diseño, que dominaba el inglés y que se desempeñaba como azafata de LanChile, hechos que aluden a la cualificación profesional de la cónyuge beneficiaria. Además se tomó en cuenta la circunstancia ya analizada referida a la capacidad patrimonial del cónyuge deudor y la colaboración que la cónyuge beneficiaria prestó a su marido, ya que gracias a sus contactos sociales, éste pudo concretar importantes negocios. En definitiva, se otorga por concepto de compensación económica, la suma de 800 U.T.M (\$25.256.800), pagaderos en 6 cuotas bimestrales (6 cuotas de \$ 4.209.466 aprox.)

Sobre este punto el fallo Rol N° 9287-2005 se considera la situación previsional de la cónyuge beneficiaria de la compensación económica, además de el estado de salud la recurrente, puesto que al disolverse el matrimonio se la desvinculaba en estos aspectos, con la caja de previsión de las fuerzas armadas, lo que en ningún caso se ve compensado, como lo aducía el recurrido, con los exiguos ingresos que le proporciona el arrendamiento de dos vehículos a la Compañía de Teléfonos de Chile.

En sentencia Rol N° 157 emanada de la Corte de Apelaciones de Arica, con fecha 6 de abril del 2006 se niega lugar a la solicitud de compensación económica, ya que la cónyuge que lo solicita, a través de la demanda reconvencional en un juicio de divorcio, aduce que perdió la protección a los derechos a la salud y a un eventual montepío, fundamentando su argumento en que se dedicó además por 10 años al cuidado de los hijos en común, haciéndose presente que tiene 54 años y no tiene un trabajo remunerado, y que debido a su edad y a su deteriorado estado de salud, son pocas las posibilidades, mas bien nulas, que tiene de acceder a un trabajo remunerado que le permite subsistir. La corte desestima el recurso, a pesar de las circunstancias anteriormente señaladas, lo que a mi criterio no es correcto, pero la Corte pobremente argumenta que la cónyuge solicitante no hizo referencia a si tuvo o no intención de trabajar. Este argumento aducido por la Corte, es tremendamente errado, ya que es el mismo artículo 61 que menciona que “no ejerció una actividad remunerada en la medida que podía o quería”, independiente de si quiso o no hacerlo.

Incluso concurrían una serie de circunstancias del artículo 62 que determinaban la existencia del menoscabo, como por ejemplo, su estado de salud, su edad, sus nulas posibilidades de acceso al mercado laboral, entre otras, que como se dejó evidenciado en

¹¹³ Corte de Apelaciones de la Serena, 2 de diciembre del 2005, Rol 977-2005

este trabajo y con el apoyo de la doctrina, el artículo 62 inciso primero no sólo sirve para cuantificar el monto de la compensación, sino también para determinar su procedencia.

2.6 Calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, el 29 de mayo del 2006 pronuncia el fallo rol N° 225-2006, que establece que el cónyuge beneficiario que entregó su dedicación al hogar, no se reinsertó laboralmente cuando se produjo la situación, y dando una mirada prospectiva, señala que en el futuro le será muy difícil hacerlo, la edad de esta, que no se menciona en el fallo, hacen que en definitiva la Corte otorgue la suma de \$ 9.000.000 que deberán pagarse en 60 cuotas mensuales de \$150.000.

2.7 Colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge

En este punto, cobra relevancia lo señalado en el considerando tercero de la sentencia rol N° 120 de la corte de apelaciones de Antofagasta, donde se toma en cuenta para determinar el monto de la compensación económica, el hecho de que la cónyuge que solicita la prestación soportó una hipoteca sobre un inmueble adquirido, el que finalmente se canceló con un crédito solicitado por el cónyuge deudor pero que se encuentra pagando la cónyuge beneficiaria en su calidad de aval a título gratuito por el cónyuge deudor, mientras este se perfeccionaba en el extranjero, además de soportar los gastos de la casa, ya que él estaba perfeccionando sus estudios. (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 13 de Abril del 2006, causa rol N° 120-2006, considerando tercero)

En uno de los fallos analizados, la Corte toma en consideración que la cónyuge que solicita la prestación dejó su trabajo de Lan Chile inmediatamente después de casada para dedicarse al hogar, no obstante que tenía grandes expectativas económicas, que se trata de una mujer joven con estudios de diseño y que domina el inglés, en tanto que el demandado se dedica al movimiento de tierras y explotación de bosques, y que la demandante por sus contactos sociales, le ayudaba efectivamente promoviendo su trabajo, lográndose de esta manera obtener determinados contratos.

2.8 Otras circunstancias

En el acápite anterior quedó establecido que las circunstancias del artículo 62 inciso primero no son taxativas, por lo tanto el juez a fin de determinar la procedencia de la compensación económica y para cuantificarla, puede tener en vista otros criterios no señalados en la norma.

En sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Valdivia, se declara la idea anteriormente señalada, considerando una circunstancia no establecida en el artículo 62 inciso 1°. Este criterio, es el estado de salud del cónyuge deudor de la compensación económica, que logro acreditar en juicio que padece de una grave cardiopatía coronaria, lo que acompañado de una situación económica precaria, son suficientes a juicio de la Corte para estimar que el cónyuge demandado de compensación económica, no se encuentra en condiciones de pagar la suma que se le condeno a pagar en primera instancia, reduciéndose la suma a \$ 3.000.000.¹¹⁴

En sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Rancagua, con fecha 20 de Junio de 2006,¹¹⁵ queda de manifiesto en primer lugar la naturaleza de la compensación económica, ya que la Corte al sostener que es errado el planteamiento sostenido por el juez del grado quien afirma que la Compensación Económica tiene una naturaleza asistencial. Esto no es así, ya que a juicio de la Corte queda con toda evidencia que el objetivo del legislador es de un contenido netamente indemnizatorio, por lo que no son los factores de indigencia y dignidad los que deben ser resguardados, sino aquellos establecidos en el artículo 62 de la citada Ley, y que son: a) duración del matrimonio y de la vida en común; b) situación patrimonial de ambos; c) buena o mala fe; d) edad y estado de salud del cónyuge beneficiario; e) situación de éste en materia de beneficios provisionales y de salud; f) cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral; y g) colaboración prestada a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Ahora bien, unido a este razonamiento la Corte menciona otros criterios no explicitados en el artículo 62 que también pueden ser tomados en cuenta a la hora de fijar el *quantum* de la Compensación Económica, siempre que no pierdan de vista el objetivo señalado, como podrían ser: grado de compromiso en la relación sentimental (un matrimonio cifrado en un escaso o nulo vínculo afectivo entre los cónyuges, introduce afectaciones en cuanto a su longevidad), edad y estado de salud del otro cónyuge, facultades económicas de éste (que no es lo mismo que tener en cuenta su situación patrimonial), comportamiento económico durante la convivencia y la separación que precede al divorcio, etc.

En relación a los criterios establecidos en el artículo 62 inc. 1°, entre ellos la duración del matrimonio, 16 años, el estado de salud del cónyuge solicitante, quien actualmente padece cáncer de colon, y además del hecho que la actora reconvencional durante el matrimonio y también posteriormente, mantuvo un claro y profundo compromiso efectivo, como lo delata la dedicación empleada en la atención de los hijos de su cónyuge; también el hecho de que el

¹¹⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia, 19 de abril del 2006, Rol N° 46- 2006

¹¹⁵ Corte de Apelaciones de Rancagua, 20 de junio de 2006, causa Rol N° 529-2006, disponible en www.aucia.cl

demandado reconventional ha podido sufragar sin problemas una pensión alimenticia de \$139.234; y por ultimo la edad de la mujer al momento de la disolución del vínculo matrimonial, 61 años, que obviamente le dificultan el acceso al mercado laboral femenino. Naturalmente, del otro lado, la edad, dificultades de salud y facultades económicas del demandante principal, impiden asimismo conceder una compensación como la que solicitaba originalmente aquélla.

Una de las circunstancias no recogidas en el artículo 62 inciso 1° es que el cónyuge deudor de la prestación deba alimento a sus hijos menores y no cumpla con sus obligaciones, lo que conduce a reconocerle a la madre el hecho de que deba soportar una importante sobrecarga económica, por lo que en definitiva se le otorga una compensación económica ascendiente a 800 unidades de fomento (aproximadamente \$14.00.00 los que se pagaran de manera mensual)¹¹⁶

La Corte de Apelaciones de Rancagua, también desarrolla este presupuesto, en sentencia Rol N° 529 con fecha 20 de Junio del 2006¹¹⁷. En este fallo concede por concepto de compensación económica la suma de \$18.023.218. Este tribunal, considera que la recurrente, que es quien solicito la compensación económica, efectivamente mantuvo durante la latencia del matrimonio y también posteriormente, un claro y profundo compromiso efectivo, como lo delata la dedicación empleada en la atención de los hijos de su cónyuge, no resultando discutido que la mujer se dedicó efectiva y principalmente al cuidado de los hijos (que en este caso, todavía, ni siquiera eran comunes) y que ello le impidió al menos en una medida inferior- desarrollar una actividad lucrativa a tiempo completo, que le hubiese permitido mirar con mayor tranquilidad su futuro sustentable.

Otro criterio novedosa que toma en cuenta la sentencia Rol N° 130 del juzgado de Familia de Puerto Varas, es que la cónyuge que solicita la compensación económica, antes del matrimonio se desempeñaba como secretaria, recibiendo por tal trabajo el sueldo mínimo y tomando en cuenta su proyección sobre dicho monto.¹¹⁸

¹¹⁶ *Ibíd.* 27

¹¹⁷ Corte de Apelaciones de Rancagua, 20 de junio de 2006, causa Rol N° 529-2006, disponible en www.aucia.cl

¹¹⁸ *Ibíd.* 29

CONCLUSIONES

1) La compensación económica es una concreción del principio consagrado el artículo 3° de la ley 19.947 que señala la protección al cónyuge más débil, por lo tanto al juez, en los procesos de divorcio o nulidad en que se solicite se otorgue esta prestación, deberá analizar los antecedentes del caso, y tomar una decisión cuidando siempre de proteger al cónyuge que resulte más perjudicado con la terminación del vínculo matrimonial, ya que la finalidad de esta institución es justamente, compensarle al cónyuge perjudicado con el divorcio, más aun, repararle el daño patrimonial que le produjo el matrimonio, ya sea porque se dedicó al cuidado de los hijos y al trabajo doméstico, en pro de la familia y por tanto no pudo desarrollar una actividad remunerada.

2) Respecto a la naturaleza que se le confiera a esta institución, podremos darle contenido a los contenidos abiertos en su regulación, como por ejemplo, darle contenido a las circunstancias enumeradas en el artículo 62 inciso 1°, o bien darle contenido a un nuevo criterio no señalado en el artículo, ya que como vimos estas circunstancias no son taxativas.

3) El artículo 62 inciso 1° cumple una doble función, ya que por un lado, sirve para determinar la existencia del menoscabo económico y por otro lado, una vez que este ha sido constada, cumple la función de cuantificar la prestación. Por eso se señala que el artículo 62 viene a cumplir su función en dos momentos, cronológicamente distintos. Así pudo observarse del análisis de algunos fallos de las Cortes de Apelaciones, donde al examinarse en un primer momento el menoscabo económico, este no se logró acreditar por la parte que solicitaba la prestación, por lo que las circunstancias del artículo 62 se quedaban fuera ya que si no hay menoscabo económico acreditado, no hay nada que cuantificar; esto referido a la doble función del artículo en comento.

4) En concordancia con lo anterior, es perfectamente posible, que los presupuestos del artículo 61 no concurren, pero si concurre alguna circunstancia del 62 inciso 2°, podrá determinarse que hay menoscabo y luego con los mismos criterios del artículo 62 inciso 2° podrá cuantificarse.

5) Algunas de las circunstancias establecidas en el artículo 62 inciso primero participan de la naturaleza de los alimentos, como por ejemplo la edad del cónyuge beneficiario, su estado de salud, que atienden más a un estado de necesidad. Esto ha llevado que alguna parte de la jurisprudencia confunda la naturaleza de la institución, atribuyéndole un carácter asistencial y no indemnizatorio.

6) Según la doctrina y la jurisprudencia estudiada, el art. 62 inc. 1 no contiene una numeración taxativa, por lo que ya las Cortes han estado considerando criterios no señalados en la norma, pero que sirven para cuantificar el monto de la compensación. Por ejemplo el estado de salud del cónyuge deudor, el cumplimiento en el pago de pensiones alimenticias, si los cónyuges que estén separados hayan formado nuevas familias, entre otros.

7) Otro criterio no enumerado, pero que debe ser tomado en cuenta es el resultado de la liquidación del régimen de bienes existentes entre los cónyuges, que si bien durante la discusión de la ley se pensó en incluirse expresamente, se optó por dejarlo fuera, ya que estaba incluido en el criterio que alude a la situación de los cónyuges.

8) Si bien el cónyuge perjudicado en la mayoría de los casos analizados fue la mujer, llama la atención una sentencia que deniega la compensación económica a una mujer, que si bien se dedicó al cuidado de los hijos y a las labores del hogar por un tiempo, luego esta abandona el hogar y es el marido quien además de realizar una actividad laboral, cuida a los hijos comunes y realiza las labores domésticas; por lo tanto a juicio del tribunal, ambos cónyuges tenían derecho a solicitar una compensación por lo que ambas se anulan.

9) Si bien en la ley no se señala en que momento deben ser medidas las circunstancias que determinan su cuantía y procedencia, del análisis del fallo puede colegirse que la mayoría de estos, no solo mira la vida pasada de los cónyuges, sino que su situación actual, además de una mirada prospectiva al futuro, para morigerar los daños producidos por el divorcio y que a través de la compensación económica, se le asegure al cónyuge beneficiario un buen pasar.

9) El hecho de que la carga de la probanza de los criterios que configuran el menoscabo económico, también quedó plasmado en el análisis jurisprudencial, ya que en varias oportunidades se negó la compensación por falta de argumentación y probanzas de la parte que las solicitaba

10) Si bien en repetidos fallos que los cónyuges que han fracasado en el matrimonio, tienen el legítimo derecho a rehacer sus vidas, y el derecho no debe establecer entre los cónyuges divorciados o anulados pensiones vitalicias, que los aten por largo tiempo, sorprende lo resuelto por las Cortes al parcelar el pago de la compensación, siguiendo los cónyuges vinculados patrimonialmente por largo tiempo.

11) En lo que concierne a los presupuestos de la compensación, en específico, el no realizar una actividad remunerada, en la medida de lo que se quería y podía, por haberse dedicado al cuidado de los hijos, no obsta a que el cónyuge que la pretenda, haya realizado durante el matrimonio alguna actividad que le proporcione algún tipo de retribución.

12) La Compensación Económica debe ser coincidente con la relación de pareja o modelo de familia adoptado por los cónyuges que se divorcian. Es por esto que el sentenciador debe tener en cuenta la asignación de roles que hicieron los cónyuges entre si, a fin de repartirse las tareas.

13) Para considerarse el criterio de la duración de la vida en común de los cónyuges, no solo debe tomarse en cuenta la duración de la vida matrimonial, sino también, aquella que se dio antes del matrimonio.

14) El concepto de la buena o mala fe, aun no ha sido entendido por la jurisprudencia, ya que la interpretación que se le ha dado, difiere profundamente a lo que entiende la doctrina por este, aun no se ha recogido la idea de que la buena o mala fe como circunstancia del artículo 62 inciso 1 debe ser considerada para el caso del matrimonio putativo.

15) Un problema que se pudo apreciar en alguno de los fallos analizados, es el hecho de que han hecho una aplicación automática de los criterios establecidos en el artículo 62 inc.1º, donde no se aprecia con detención el modelo de relación que antecedió la ruptura, lo que deja la sensación de que los hechos de la causa no justificaban el otorgamiento de la compensación económica.

16) El juez al determinar si procede la compensación económica y fijar su cuantía, debe tener en cuenta la naturaleza jurídica variable de esta institución, apreciable en lo disímil de los criterios establecidos para su fijación, para que así cada criterio se ajusten a las diversas realidades que existen tras la ruptura de un matrimonio.

17) Se espera, que nuestra jurisprudencia no interprete esta institución erróneamente, y haga una comparación aritmética de los patrimonios de los cónyuges, lo que conduciría a situaciones de injusticia.

18) Si bien el presente trabajo se estructuro haciendo ítems de cada presupuesto para poder ir encasillando la jurisprudencia atinente a cada uno de ellos, se aprecia que el juez al fijar la cuantía de la prestación, hace una interpretación conjunta de todos los presupuestos, para determinar finalmente la suma que se pagara por concepto de compensación económica.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS LEGALES

- 1) Código civil
- 2) Compilación de normas de derecho de familia.

OBRAS:

- 1) Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquézar, Aranzazu. *Nuevo derecho matrimonial chileno*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Año 2004
- 2) Cabezuela Arenas, Ana Laura. *La Limitación Temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil*. Editorial Aranzadi, Navarra, Año 2002
- 3) Campuzano Tome, Herminia *La pensión por desequilibrio económico en casos de separación y divorcio*. Editorial José Maria Boch, Barcelona, 1994.
- 4) Lalana Del Castillo, *La Pensión por Desequilibrio en caso de Separación y Divorcio*. Editorial José Maria Boch, Barcelona 1993
- 5) López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo I. Editorial Librotecnia. Santiago 2005
- 6) Montero Aroca, Juan, *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- 7) Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia. Quinta edición actualizada con la nueva ley de matrimonio civil y tribunales de familia*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005
- 8) Saura Alberdi, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- 9) Turner Saelzer, Susan. “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función.” *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Lexis Nexis, año 2006

REVISTAS

- 1) Corral Talciani, Hernán. “Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial”. *La Semana Jurídica* .Edición N° 320 Año 2006
- 2) Domínguez Hidalgo, Carmen. “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”. *Cuadernos de Extensión Jurídica* (U. de los Andes) N° 11, 2005.
- 3) Pizarro Wilson, Carlos. “La Compensación Económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena” en Onfray Vivanco, Arturo (ed). *Seminarios de actualización. La nueva Ley de Matrimonio Civil. Aspectos sustantivos y procesales. La Mediación en Chile: Perspectivas para un punto de encuentro*. Cuaderno de análisis jurídico N° 43 (U. Diego Portales), Santiago, 2006

4) Turner Saelzer, Susan.” Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XVI, julio 2004.

5) Veloso Valenzuela, Paulina. “Algunas reflexiones sobre la compensación económica” *Revista de actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, N° 13, enero 2006.

6) Vidal Olivares, Álvaro. “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en *Estudios sobre la Ley de Matrimonio Civil*, Publicación U. Católica de Valparaíso.

PAGINAS WEB

- 1) www.aucia.cl
- 2) www.bcn.cl
- 3) www.cybertesis.uach.cl
- 4) www.microjuris.cl
- 5) www.puntolex.cl
- 6) www.poderjudicial.cl
- 7) www.scielo.cl