



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

## **MENOSCABO Y QUANTUM DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL**

GONZALO GUZMÁN MEDEL

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,  
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Rodrigo Barcia Lehmann

Santiago, Chile

2014

*A mi familia.*

## ÍNDICE.

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

### **CAPITULO PRIMERO.**

#### **ANTECEDENTES GENERALES DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.**

1.1.	ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN. ....	4
1.2.	MARCO JURÍDICO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. ....	7
1.2.1.	Marco jurídico general. ....	7
1.2.2.	Marco jurídico Específico. ....	8
1.3.	CONCEPTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. ....	9
1.4.	CARACTERÍSTICAS.....	10
1.5.	FUNDAMENTO DE LA INSTITUCIÓN.....	16

### **CAPITULO SEGUNDO.**

#### **MENOSCABO ECONÓMICO.**

2.1.	PLANTEAMIENTO DEL TEMA. ....	19
2.2.	NOCIONES ACERCA DEL MENOSCABO ECONÓMICO: DISTINTAS VISIONES DOCTRINALES. .....	19
2.2.1.	La relación del menoscabo económico con el daño moral.....	32
2.2.2.	Conclusión parcial. ....	38
2.3.	CAUSAS QUE DAN ORIGEN AL MENOSCABO ECONÓMICO. ....	39

2.3.1.	Cuestión previa: procedencia del menoscabo económico frente a la relación de los arts. 61 y 62 inc. 1° de la LMC. ....	39
2.3.2.	Relación de norma principal a norma auxiliar.....	41
2.3.3.	Relación de dependencia funcional de ambas normas. ....	43
2.3.4.	Relación de normas con menoscabo económico autónomo o tesis Corral.....	47
2.3.5.	Conclusión parcial. ....	50
2.4.	ART. 61 LMC: CAUSAS CONCURRENTES AL MENOSCABO ECONÓMICO. ....	51
2.4.1.	Análisis de las causas concurrentes del menoscabo económico. ....	53
2.5.	MOMENTOS EN QUE PUEDE VERIFICARSE EL MENOSCABO ECONÓMICO. ....	57
2.6.	RELACIÓN ENTRE MENOSCABO Y RÉGIMEN DE BIENES. ....	59
2.7.	PRUEBA DEL MENOSCABO ECONÓMICO Y DE SUS CAUSAS CONCURRENTES.....	65

### **CAPITULO TERCERO.**

#### **QUANTUM DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.**

3.1.	FORMAS DE DETERMINAR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.....	67
3.1.1.	Convencional.....	67
3.1.2.	Judicial. ....	73
3.2.	CUANTÍA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.....	78
3.2.1.	Consideraciones previas. ....	78
3.2.2.	Análisis de los criterios cuantificadores del art. 62.1° de la LMC. ....	83
3.2.3.	Criterios del art. 62.1° de la LMC. ....	88

3.2.4.	¿Hacia dónde se enfoca la mirada? .....	106
3.2.5.	Conclusión parcial. ....	110
<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>		<b>111</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>115</b>

## **INTRODUCCIÓN.**

La compensación económica tiene su antecedente en el derecho comparado, principalmente su influencia directa se encuentra en el derecho español y francés, pero agrega algunos matices propios que la hacen particular y adecuándose, por tanto, a la realidad socioeconómica chilena. Así mismo, la compensación económica es una institución nueva en nuestro derecho, que se incluye a partir de la creación de la nueva ley de matrimonio civil y, que por lo cual, tiene tan sólo 10 años de existencia.

Sin duda que esta institución aparece como una herramienta legítima, una vez disuelto el matrimonio por divorcio o nulidad, para aquel cónyuge más débil de la relación que consiguientemente ha sufrido un menoscabo económico, debido al despliegue de todos sus esfuerzos -temporales o definitivos- al cuidado del hogar común o de los hijos y, que por ello, se vio impedido(a) de realizar una actividad remunerada como quería y podía. Si nos situáramos en el tiempo anterior a la entrada en vigencia de la LMC, nos daríamos cuenta que el cónyuge que sufría un menoscabo económico por una situación como la descrita en el art. 61, el ordenamiento jurídico simplemente no contemplaba los recursos legales para reparar tal menoscabo, ni menos que se le reconociera el esfuerzo que dicho cónyuge desplegó por el fortalecimiento de la familia a través de una prestación monetaria. Por lo cual, esta institución viene a transformarse en un instrumento fundamental post quiebre matrimonial.

Sin embargo, a pesar de su influencia en el derecho comparado, como además de los caracteres propios que envuelven a nuestra compensación económica que la hacen original y del significativo avance que provocó junto con el divorcio vincular en la sociedad chilena, en orden a modernizar las relaciones matrimoniales frente a una eventual ruptura, tiene algunos aspectos controversiales u oscuros que se demuestran en este trabajo y, que de los cuales aún no se precisa un consenso generalizado en la doctrina y jurisprudencia nacional para poder dilucidarlos. Estos aspectos controversiales son, los que en definitiva, se enuncian en el título y se

abordan en la presente memoria. Así, por una parte se analizará distintos puntos de la figura del menoscabo económico que de la cual, la mayoría de los cónyuges requirentes no tiene mayor conocimiento de ella al momento de solicitar la prestación y que de la simple lectura de las normas que la regulan, llevarían a entenderla como un sinónimo de daño, detrimento o perjuicio, asimilándola, por ende, a la figura de indemnización de perjuicios. Sin embargo, este elemento va mucho más allá de una simple acepción, puesto que se alza como la piedra angular de la compensación económica y que por pertenecer al derecho de familia se sustenta en fundamentos propios que difieren de las categorías existentes en el derecho privado. La otra parte de esta memoria, se ocupa de la difícil tarea que tienen los jueces en definir el quantum indemnizatorio de la prestación, luego de acreditarse en el proceso los distintos presupuestos que construyen a la compensación económica, a partir del menoscabo. Es compleja la etapa cuantificadora por diversos factores, como son: la imposibilidad de reparar íntegramente el menoscabo económico producido, a través de una suma equivalente; así mismo, por la falta de fundamentación de los fallos cuando proceden a determinar la cuantía y la ausencia en ellos, de una o más fórmulas para determinar la cuantía, ya sea que las exigiera la ley o sean elaboradas por iniciativa propia de los tribunales, entre otros factores. Ante ese escenario, solo se cuenta con los criterios no taxativos que expresa el 62.1° de la LMC para su determinación, a lo cual se procede a su análisis y se expone la mirada que algunos autores le dan para llevar a cabo la cuantía de la prestación.

Por lo tanto, en las páginas siguientes de este trabajo, se toma en consideración la opinión de diversos autores nacionales, de distintas épocas, a fin de exponer sus planteamientos respectivos, frente a los aspectos controversiales anteriormente señalados y demostrar de alguna manera como han ido evolucionando estas opiniones de la mano de la vigencia de la compensación económica.

De conformidad a lo indicado anteriormente, la presente memoria se divide en tres capítulos. El primero de ellos, trata brevemente el origen de la compensación económica, especialmente su discusión parlamentaria, para luego exponer

algunas definiciones y características de esta institución; Por su parte, el segundo capítulo, aborda al menoscabo económico y todos los aspectos que se vinculan con aquel, es decir, las acepciones que la doctrina le ha endosado con sus respectivas críticas; el análisis de sus causas concurrentes: la relación de los arts. 61 y 62.1° de la LMC donde se encuentra la génesis del menoscabo económico; la relación del menoscabo con el régimen patrimonial; la prueba del menoscabo; y los momentos en que se aprecia. Por último el capítulo tercero, se desarrolla al quantum de la prestación y como lo han apreciado algunos autores, el análisis de los criterios cuantificadores del art. 62.1° de la LMC y el enfoque que le dan los autores para determinar la cuantía de la prestación.

## **CAPÍTULO PRIMERO.**

### **ANTECEDENTES GENERALES DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.**

#### **1.1. Origen de la institución.**

La ley 19.947 viene a reemplazar a una antigua ley del año 1884, la cual rigió alrededor de 120 años, en consecuencia esta antigua ley no iba de la mano con la evolución del pensamiento social de nuestro país, ni tampoco era reflejo de la evolución legislativo-familiar que imperaba en los países de nuestra región.

Así esta ley aparece como un avance significativo en el derecho de familia, “[...] porque reconoce las transformaciones que ha experimentado la sociedad respecto a la familia, a los derechos y deberes de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos durante el matrimonio y después de la ruptura. Por ello, actualiza las normas que regulan el matrimonio, las formas de ponerle término y los derechos de los separados, divorciados, anulados y de los hijos en conformidad a los valores imperantes en las sociedades del siglo XXI”<sup>1</sup>. Es entonces, bajo el contexto de la evolución social, que la Compensación económica y el divorcio vincular, aparecen como las instituciones más novedosas dentro de la nueva ley de matrimonio civil, en adelante LMC o simplemente ley.

La compensación, surge como una de las consecuencias económicas que se puede provocar al término del matrimonio y como solución a los problemas de desamparo a lo que se podía ver expuesto uno de los cónyuges al no realizar actividades remuneradas.

---

<sup>1</sup>GOMEZ de la Torre, Maricruz. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. En: LEPIN MOLINA, Cristián y MUÑOZ VILLAGRA, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago. Legal Publishing: Thomson Reuters. 2013. pp. 86. (85-100)

La LMC tuvo su origen en la moción presentada por los diputados señoras Saa, Allende, Aylwin, y los señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo el 28 de noviembre de 1995<sup>2</sup>.

Sin embargo, en el proyecto enviado por el Ejecutivo al parlamento ni tampoco del que aprobó la Cámara de Diputados, no se contemplaba ninguna clase de prestación económica a favor de uno de los cónyuges después del quiebre matrimonial, sino que la institución que nos preocupa “tuvo su origen en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, sobre la base de la discusión separada que se produjo para tratar el artículo 38 de la indicación del presidente de la República, en sede divorcio, y de la indicación que los senadores Chadwick, Romero y Diez hacían como inciso 2 del artículo 48 de la ley, en sede nulidad<sup>3</sup>”, (específicamente, se encuentra en el informe de la comisión del Senado, la que aparece como anexo en el diario de Sesiones del senado correspondiente a la sesión 11 de julio del 2003, Legislatura Ordinaria N° 34).

En este sentido, el *artículo 38 de la indicación del presidente de la República*, señala lo siguiente:

*“Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando los resultados de la liquidación del régimen patrimonial de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos.*

*Si el divorcio generare una situación de esa naturaleza, el tribunal podrá adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado:*

*a) Proceder a la declaración de bienes familiares.*

---

<sup>2</sup> ZAVALA Ortiz, José Luis y MONTECINOS Fabio, Carolina. Jurisprudencia de divorcio. Ed. Actualizada 2007. Santiago. Punto Lex. 2007. 46 p.

<sup>3</sup> BARRIENTOS Grandón, Javier y NOVALES Alquézar, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno. Santiago. Lexis Nexis. 2004. 402 p.

*b) Constituir derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que hubieren conformado parte del patrimonio familiar de los cónyuges.*

*c) Determinar el pago de un monto o de una pensión compensatoria por un periodo de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio.*

*Las medidas se adoptarán a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta a la demanda de divorcio o por vía reconventional en el mismo procedimiento. En ambos casos, deberá resolverse en la sentencia definitiva.*

*Para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente: la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges; las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral; la eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar; el aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común; la eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio, y la existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges.*

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

*En todo caso permite solicitar su modificación o cese, si hubieren variado las circunstancias que motivaron su establecimiento.*

*En los casos previstos en las letras a) y b) del presente artículo, el cónyuge divorciado que no fuere beneficiario de la medida, podrá solicitar al tribunal el cese de la misma una vez transcurridos 5 años desde su imposición, para el sólo efecto de proveer su enajenación. En este caso, la resolución que conceda la solicitud*

*deberá determinar el porcentaje de la enajenación que corresponda al cónyuge beneficiario, a título compensatorio”<sup>4</sup>.*

Por su parte, *el inciso segundo del artículo 48 de la indicación de los señores senadores, expresa que:*

*“No obstante la declaración de nulidad, el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione alimentos durante un plazo que no excederá de cinco años, contados desde que queda ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad”<sup>5</sup>.*

Posteriormente, luego de arduas y en algunos pasajes acaloradas discusiones parlamentarias en el congreso nacional, el proyecto definitivo de la ley fue aprobado el 12 de marzo de 2004, luego de ello se publicó en el diario oficial el día 17 de mayo de 2004, para entrar en vigencia el 18 de noviembre de 2004, la que sigue vigente hasta nuestros días.

## **1.2. Marco jurídico de la compensación económica.**

Es importante considerar que la compensación económica esta resguardada no tan solo de instrumentos legales, sino también, a través de una serie de preceptos constitucionales e incluso tratados internacionales que indirectamente se pueden referir sobre este tema, todos los cuales se deben tener presente a la hora de estudiar a la institución.

### **1.2.1. Marco jurídico general.**

En cuanto a la regulación general de esta institución la podemos identificar de distintas maneras. En una primer punto de vista, podemos señalar que ella consagra el principio de protección al cónyuge más débil, el cual tiene su trasfondo

---

<sup>4</sup> Boletín 1759-18, primer informe constitucional del Senado. [en línea] [Consulta: 29 mayo 2014] <[http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=1759-18](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=1759-18)> 182-183pp.

<sup>5</sup> Ibid. 182 p.

en un principio aún más general que es el de protección a la familia, consagrado la Constitución Política de Chile en el artículo 1° inc. 2°: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*, lo que se vuela a ratificar esta vez en el art. 1° inc. 1° de la LMC: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”*.

En un segundo punto de vista y teniendo en cuenta las oportunidades dispares que tendrán los cónyuges una vez terminado su vínculo, esta institución nace como un mecanismo para enfrentar esas disparidades y eventuales discriminaciones al momento de culminar el matrimonio, entre el hombre y la mujer. Entonces, dentro de esa perspectiva, podemos ver que en ella se pretende lograr la igualdad de oportunidades consagrada en el art. 1° inc. 5 de la CPR y además dentro de las garantías constitucionales en el art. 19 N° 2 de la carta fundamental. A su vez este reconocimiento a la igualdad de oportunidades, se refleja en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas, que se encuentra vigente en nuestro país desde el año 1989.

### **1.2.2. Marco jurídico Específico.**

La compensación económica encuentra su regulación específica, en el capítulo VII de la LMC, dentro del primer párrafo que lleva su mismo nombre. En ella son seis artículos (del art. 61 al art. 66 de la ley) que consagran a la institución en nuestra legislación, los cuales contienen el supuesto para que opere el derecho a favor del cónyuge beneficiario, los criterios que debe tener en cuenta los magistrados de familia a la hora de regular el quantum de la prestación, las formas de determinación de esta institución, las modalidades de pago de la compensación económica una vez decretada judicialmente, la regulación en cuanto a su cumplimiento, entre otros aspectos.

Sin perjuicio que además, cuando se ventila la determinación de la compensación económica en el ámbito judicial, ella se debe ajustar a los procedimientos de familia consagrados en la ley 19.968 sobre tribunales de familia.

### 1.3. Concepto de la compensación económica.

Dentro del marco jurídico específico de la compensación económica no se contempla ninguna definición legal acerca de ella, por lo que la referida tarea le queda entregada a las manos de la doctrina y jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, podemos tomar como antecedente que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al término “compensar” en su segunda acepción como: “Dar algo o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”<sup>6</sup>. Ante esto y tomando consideración de los artículos que regulan a la institución en la LMC, podemos definirla como:

“Es Aquella prestación a que tiene derecho el cónyuge más débil de la relación que, dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, se vio imposibilitado total o parcialmente de desarrollar una actividad remunerada o lucrativa como podía y quería, causándole un menoscabo económico al tiempo de declararse el divorcio o nulidad del matrimonio”.

Sin perjuicio de esta definición, podemos acompañar otras señaladas por la doctrina y jurisprudencia que parecen interesante destacar:

En palabras del profesor René Ramos Pazos, esta prestación se define como: “Es el derecho que asiste al cónyuge más débil –normalmente la mujer- a que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o nulidad, experimentará por no haber podido desarrollar durante el matrimonio una actividad remunerada o lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar”<sup>7</sup>.

A su turno, el profesor Rodrigo Barcia Lehmann, define a esta institución como: “[...] es una facultad-deber extrapatrimonial –que tiene por sustento la protección

---

<sup>6</sup> Real Academia Española. Diccionario de la RAE, [en línea] [consulta: 16 julio 2014] <<http://lema.rae.es/drae/?val=>>

<sup>7</sup> ABELIUK Manasevich, René. Las Obligaciones. Tomo II. [En línea] Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile. 2009. VLex libros [Fecha de consulta: 2 de julio 2014] <<http://vlex.com/source/obligaciones-tomo-ii-5482>> 122 p.

de la familia, más que la protección del cónyuge más débil-, que opera de forma post matrimonial, por el cual la ley promueve la división del trabajo al interior de la familia”<sup>8</sup>.

En tanto en la jurisprudencia, parece destacable la definición entregada por la Corte de Apelaciones de Arica, causa n° 152/2010 del 9 de diciembre del 2010, que se define a esta institución como: “aquel conjunto de prestaciones que tiene derecho a percibir el cónyuge más débil, a propósito del divorcio o nulidad de matrimonio, con el objeto de proporcionarle una asistencia o resarcimiento pecuniario por motivo de haberse dedicado a las labores del hogar o crianza, sea en instancia judicial o de mutuo acuerdo, la que debe constar en una escritura pública o acta de avenimiento”<sup>9</sup>.

#### **1.4. Características.**

Dentro de las principales características de esta institución podemos destacar las siguientes:

##### **1.4.1. Este derecho solo procede en divorcio o nulidad.**

De esta característica son dos los aspectos relevantes. El primero dice relación con que la compensación económica solo procede para los casos en que se declare judicialmente el divorcio o la nulidad del matrimonio, no así para la separación. Esto aun cuando el legislador haya cometido la impropiedad de consagrar a la institución en el párrafo VII: “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”. Para la mayoría de la doctrina, esto parece obvio, toda vez que con la separación se mantiene el vínculo conyugal, como a su vez el derecho de alimentos, beneficios previsionales, eventuales derechos sucesorios, entre otros.

---

<sup>8</sup> BARCIA Lehmann, Rodrigo. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia. Santiago de Chile. Punto lex: Thomson Reuters. 2011. 317 p.

<sup>9</sup> VLEX. Sitio de internet. [en línea] [Consulta: 13 mayo 2014] <<http://vlex.com/vid/-235911571>>, id: v-Lex: VLEX-235911571.

Sin embargo a lo anterior, los autores Barrientos y Novales critican el hecho de que la LMC no contemple a la compensación económica para el caso de la separación judicial, puesto que no se condice con la supuesta naturaleza resarcitoria que envuelve a la institución al consagrarse este beneficio para la nulidad matrimonial. Además, esta situación traería otras consecuencias como:

“a) Incentiva el divorcio: supuesto que, en principio, la separación judicial y el divorcio proceden por causas equivalentes, la negación de la compensación económica en el caso de la separación judicial es un evidente incentivo para que los cónyuges opten por el divorcio, por razones meramente económicas.

b) Contraría el propósito de reglar la separación judicial como alternativa al divorcio: al tratarse de la identidad de causas que habilitan para impetrar la separación judicial por culpa y el divorcio por culpa, la misma Comisión de Constitución del Senado explicó que ello se justificaba porque se había decidido establecer a la separación judicial como una alternativa al divorcio.

c) Eventual establecimiento de una discriminación arbitraria: un cónyuge separado puede hallarse exactamente en la misma posición que uno anulado o divorciado en relación con el menoscabo económico experimentado por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común, en los términos del artículo 61, pero la ley ha establecido respecto de él una “diferencia arbitraria” (art. 19 número 2 inc. 2 CPR) al negarle el derecho a la compensación económica. la citada diferencia aparece como “arbitraria” porque el supuesto fáctico es el mismo, y no varía en el caso de la separación por los pretendidos argumentos de la Comisión del Senado. En efecto: a) el derecho de alimentos no está relacionado con la compensación económica, porque su causa son los deberes del matrimonio, mientras que la causa de la compensación es el citado menoscabo que debe resarcirse; b) por la misma razón anterior, los derechos hereditarios ninguna relación tienen con la compensación económica; y c) en definitiva, porque

la compensación económica no es una prestación de mantenimiento o subsistencia”<sup>10</sup>.

Contrariamente a lo planteado por Barrientos y Novales, Pablo Rodríguez Grez, estima como apropiado no conceder la compensación económica al cónyuge separado judicialmente, ya que los gananciales de la sociedad conyugal o del régimen de participación, son suficientes para asegurar los derechos de los cónyuges.

El otro aspecto relevante de esta característica, está en que el beneficio de la prestación se contempla para la nulidad matrimonial. Teniendo en cuenta que el efecto de la nulidad declarada judicialmente, produce efectos retroactivos de colocar a las partes a un estado anterior a la celebración del matrimonio, acá se reconoce la comunidad de vida que formaron alguna vez los cónyuges y a raíz de ello es que se reconozca la compensación económica para la nulidad. Para Domínguez Hidalgo, la inclusión de la nulidad en la compensación económica: “puede representar una mejora patrimonial concreta en la situación de éste cónyuge –el anulado- en relación a la anterior: a todas las prestaciones propias de la nulidad matrimonial se puede agregar – en principio- una cantidad adicional por concepto de compensación económica”<sup>11</sup>. Para el profesor Hernán Corral Talciani, han sido razones de “política Legislativa” el hecho de incluir a la compensación económica para el caso de nulidad matrimonial, señalando dos motivos al respecto: “1°) para evitar un incentivo a los juicios fraudulentos de nulidad que se podría suscitar si los demandantes buscaran por esta vía eludir el pago de la compensación; y 2°) para permitir que quienes por convicciones morales o religiosas piensan que el matrimonio es indisoluble puedan recurrir a la nulidad civil (por ejemplo después de haber obtenido la nulidad canónica), sin que se vean

---

<sup>10</sup> BARRIENTOS Grandon y NOVALES Alquezar. Op. Cit. p. 422-423.

<sup>11</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. En: LEPIN MOLINA, Cristián y MUÑOZ VILLAGRA, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago. Legal Publishing: Thomson Reuters., 2013, p. 59.

perjudicados en su pretensiones patrimoniales. De lo contrario habría un incentivo para que estas parejas en vez de la nulidad persiguieran el divorcio”<sup>12</sup>.

#### **1.4.2. Es un derecho de familia y pos matrimonial.**

Hay acuerdo en la doctrina de concebir a esta institución dentro de la rama del derecho de familia sin excepción alguna, como a su vez que ella produzca sus efectos una vez terminado el matrimonio. Sin embargo, la discusión se plantea luego de determinar este carácter, en orden a entender si la compensación económica es un derecho patrimonial o bien, es extrapatrimonial.

En este contexto, para una parte de la doctrina se considera a la compensación económica como un derecho personal o crédito de la cual emana una acción personal en los términos señalados en el art. 578 del C.C., cuyo ejercicio de la referida acción se ajusta a los términos establecidos por el art. 64 de la LMC, en el sentido de poder ejercerla en ciertos momentos procesales como: demanda, escrito complementario de la demanda o en la reconvencción. A su vez, a este derecho personal, la LMC le entrega caracteres propios de acuerdo al art. 60. Como son:

- a. El carácter de derecho matrimonial, ya que su titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio.
- b. El carácter patrimonial, dentro de los mismos derechos matrimoniales.

Por su parte, contrario a esto surgen los profesores Barcia y Riveros, quienes estiman que: “[...] la compensación económica es un derecho netamente extrapatrimonial, como el derecho a demandar la separación judicial, a reconocer un hijo o a demandar alimentos. La compensación económica es un derecho extrapatrimonial, que se sustenta en la protección de un acuerdo implícito de los esposos o cónyuges, que es promovido por el ordenamiento jurídico. [...] De este modo, la procedencia de esta compensación depende de condiciones objetivas de

---

<sup>12</sup> CORRAL Talciani, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho [en línea] 2007, 34 (Enero-Abril): [fecha de consulta: 3 de mayo de 2014] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014515003> ISSN 0716-0747 (25 p.)

procedencia, que son básicamente las establecidas en el artículo 61 de la LMC; pero su evaluación depende del comportamiento de los cónyuges en su esfera personal y tiene un trasfondo eminentemente ético o moral, que comparte con la facultad y deber de alimentos. El trasfondo ético de esta figura no es el mismo que está detrás de los derechos personales y reales, que se sustentan en el buen funcionamiento del mercado o de los negocios. [A continuación señalan otro argumento para no considerarlo como derecho patrimonial] La compensación económica también se aplica dentro de un estatuto regulatorio, como lo es el Derecho de Familia, muy diferente al Derecho Patrimonial, en el cual influyen principios substancialmente diferentes. [Entregando ciertos principios a modo de ejemplo] [...] principios del Derecho de Familia e Infancia de igualdad de los cónyuges y de los padres, el principio de interés superior del niño, la protección de la familia, etcétera”<sup>13</sup>. Cabe señalar que los autores, si bien defienden la tesis de que es un derecho extrapatrimonial, reconocen que de esta institución derive un derecho patrimonial. Como sería el pago de la prestación a que da lugar.

En definitiva, esta es una discusión que recién comienza a plantearse en la doctrina nacional. No obstante a ello, creemos que son los principios que envuelven al derecho de familia y que se consagran de alguna forma en nuestra carta fundamental, son los que van a determinar, en definitiva un carácter extrapatrimonial a la compensación económica.

#### **1.4.3. Es una manifestación del principio del cónyuge más débil.**

El principio del cónyuge más débil, se encuentra ubicado en el art. 3.1° de la LMC que reza: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés [...] y del cónyuge más débil”. El referido principio, tiene un trasfondo aun mayor que es el de protección a la familia, siendo su instituto más claro la compensación económica. A pesar de que la LMC

---

<sup>13</sup> BARCIA LEHAMNN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina. EL CARÁCTER EXTRAPATRIMONIAL DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. Rev. Chil. Derecho [en línea]. 2011, vol. 38, n.2 [Fecha de la consulta: 29 Julio 2014], pp. 249-278. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s0718-34372011000200004&Ing=es&es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-34372011000200004&Ing=es&es&nrm=iso). ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000200004>. (251- 252 pp.)

reconoce a este gran principio, no lo define. Sin embargo, lo podemos entender como: “al que se encuentre en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desmedrada”<sup>14</sup>. Si esta definición la adecuamos al ámbito de la prestación compensatoria, debiéramos identificar que el cónyuge más débil, será el acreedor de la prestación y que de acuerdo a lo expresado por el art. 61 de la LMC sería aquel que sufre un menoscabo económico derivado de la imposibilidad total o parcialmente de desarrollar actividades económicas como podía o quería, por haberse dedicado a las labores del hogar.

#### **1.4.4. El catálogo de criterios establecidos en el art. 62 inc.1° no son taxativos, a efecto de determinar el quantum de la prestación.**

La doctrina nacional ha sido uniforme en señalar que los criterios expresados no son taxativos, sino ejemplares, toda vez que la referida disposición emplea la palabra “especialmente”, lo que evoca a carácter ejemplar. A su vez, estos criterios no tienen grado de jerarquía entre ellos e incluso el juez de familia puede considerar todos o algunos de ellos u otros no señalados por el precepto como sería el caso del resultado de la liquidación del régimen de bienes.

#### **1.4.5. La compensación se puede determinar convencional o judicialmente.**

La compensación económica, se puede determinar convencionalmente de acuerdo a los requisitos que reza el artículo 63 LMC o bien, a falta de acuerdo, puede ser determinado por el juez de familia que lleva la causa –en la medida que lo estime procedente y teniendo acreditados todos los presupuestos-, cuando este derecho ha sido solicitado en la etapas procesales correspondientes señaladas por el artículo 64 LMC.

#### **1.4.6. No se puede solicitar el cese o reducción del pago de la prestación.**

El cónyuge deudor de la prestación, no puede solicitar el cese o reducción del pago insoluto, esto de acuerdo a lo fundado por la Comisión de Constitución del

---

<sup>14</sup> GÓMEZ de la Torre. Op. Cit. 87p.

Senado: “por la variación de su condición económica o de la del acreedor, o por el hecho de que su ex cónyuge se case nuevamente o conviva con otra persona”<sup>15</sup>.

#### **1.4.7. La obligación de pago es intransmisible.**

La obligación de pagar el saldo insoluto de la compensación económica no es transmisible a los herederos del deudor, incluso si estos aceptaron con beneficio de inventario.

#### **1.5. Fundamento de la institución.**

Un punto importante que resulta dilucidar en torno a la compensación económica es comprender cuales fueron las razones que motivaron al legislador a reconocer una prestación a favor de uno de los ex cónyuges cuando el matrimonio termina de una manera distinta a la muerte o presunción de muerte de una de las partes. De alguna manera comprender el fundamento de esta institución, es esencial pues, ayudará a entender las finalidades, funciones, contenidos, extensión e inclusive al mismo menoscabo económico y quantum de la prestación compensatoria.

En torno a la compensación económica, podemos advertir diversos fundamentos que sobre ella ha trabajado la doctrina nacional. No obstante a ello, podemos decir que, la gran justificación por la que se sustenta la compensación económica, deriva en la clara protección al cónyuge más débil de la relación, debido a su falta de desarrollo económico y profesional por dedicarse a las labores domésticas. Esto quiere decir, que al cónyuge sacrificado del matrimonio, haciendo respetar el principio consagrado en el art. 3° LMC, se le hace un reconocimiento de alguna manera sobre las labores que éste desplegó en el hogar en pro del matrimonio y familia común, ya que a consecuencia de las referidas labores, se postergó en su realización material, personal y profesional hacia el mercado laboral. Por lo que la

---

<sup>15</sup> Boletín 1759-18. Op. Cit. 199 p.

protección del cónyuge más débil va en directa concordancia con el principio de la familia y el matrimonio, siendo éstos últimos su trasfondo.

Al reconocerse el valor del trabajo doméstico ejecutado por uno de los cónyuges en pro de la familia y el matrimonio, la compensación económica busca lograr acuerdos eficientes entre ambas partes (tal como lo plantean los profesores Barcia y Riveros) para que uno de los cónyuges se pueda dedicar definitiva o parcialmente a los hijo u hogar común, es decir, busca una eficiente distribución de los trabajos realizados por las partes para el normal crecimiento y consolidación posterior del hogar y el matrimonio, de tal forma que, si esta prestación no existiera, no se concretarían los acuerdos que la compensación económica busca lograr, salvo que se trate de matrimonios cuyos cónyuges sean previsores una posible ruptura futura.

Por otra parte, siguiendo con la protección al cónyuge más débil, es indudable que al término del matrimonio por divorcio o nulidad, se verifique la pérdida de una serie de derechos que giran en torno a la existencia misma del matrimonio como son: deber de socorro, derechos de alimentos, beneficios previsionales o de salud, entre otros. Razón de lo cual, es que se trate al matrimonio como un manto protector de las asimetrías generadas al interior de ella. Pero también es indudable, que al término del vínculo conyugal se provoque una diferencia o desequilibrio económico de las partes, -lo que algunos autores (Vidal y Pizarro) lo han tratado de injusto o injustificado por disolverse el estatuto protector del matrimonio-. En ese sentido, siguiendo a Barrientos y Novales, ese desequilibrio económico que también justifica a la institución y que se tuvo presente en la discusión parlamentaria de la LMC, dando paso a la noción de menoscabo económico, permitió que se tuviera en cuenta dos ámbitos: i) El de la posición del cónyuge durante el matrimonio y la posición menoscabada en la que quedaba después de la relación con la situación anterior; y ii) la posición de menoscabo del cónyuge en relación con las expectativas futuras.

Por su parte, la ruptura del matrimonio también puede generar una carencia de medios en uno de los cónyuges, el sentido que esta no tenga las aptitudes ni

medios suficientes para auto sustentarse por sí misma. Lo cual, evidentemente, se generaría otra justificación para el otorgamiento de una compensación económica a favor del cónyuge más debilitado.

Así entonces, la gran justificación por la que se centra la compensación económica es en la protección del cónyuge más débil. En que por una parte, se valora su esfuerzo en el trabajo doméstico en pro de la familia común, que en un principio le correspondía a ambos cónyuges y que dicho reconocimiento se materializa en la búsqueda de acuerdos eficientes que pretende lograr la compensación económica para una equilibrada y justa distribución de roles al interior de la familia. Por otro lado, se protege al más débil, frente al desequilibrio económico o incluso en la carencia de medios en la que puede quedar este cónyuge al término del matrimonio.

## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **MENOSCABO ECONÓMICO.**

#### **2.1. Planteamiento del tema.**

El menoscabo económico, emana como el elemento central y determinante de la compensación económica. En este sentido también ha sido conteste en admitirlo así la doctrina y jurisprudencia nacional. Este elemento esencial, lo encontramos específicamente regulado a efectos de la compensación económica, en los artículos 61 y 62.1º de la LMC, en el cual, el primero de ellos prescribe al legitimario activo de la acción y el segundo, por su parte, reza una serie de criterios no taxativos y heterogéneos a su vez, para determinar la existencia del menoscabo y cuantía de la compensación económica. A pesar de que el menoscabo económico es la piedra angular de la compensación económica, existen ciertos aspectos envueltos en ella que no están del todo delineados por nuestra LMC, tales como: definición del menoscabo, el límite temporal de ella, su relación con el régimen patrimonial de bienes, entre otros.

#### **2.2. Nociones acerca del menoscabo económico: distintas visiones doctrinales.**

La LMC no define a este requisito, solo se limita a exigirlo como presupuesto de la compensación económica y a entregar una serie de criterios no homogéneos para su determinación. En tanto, en la doctrina tampoco existe una acepción uniforme sobre aquella, comparándola incluso con distintas figuras pre existentes del derecho patrimonial, las cuales son distantes de esta prestación, pues se encuentra en la rama del derecho de familia y dentro de ella en los derechos post matrimoniales, lo que hace compleja toda asimilación. Solo como antecedente, citamos la definición del término “menoscabar” que dispone el Diccionario de la

R.A.E. en su primera acepción: “*Disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo*”<sup>16</sup>.

En la doctrina existen tantas visiones sobre este punto, como autores que intervienen en ella con distintos matices. Así las cosas, dentro de los intentos por dar una noción al menoscabo económico, se encuentran las nociones de *lucro cesante y costo de oportunidad o pérdida de una chance*. Es decir, se trata de relacionar al menoscabo con la pérdida que experimenta el cónyuge beneficiario al no trabajar, al dedicarse en mayor o menor medida a las labores domésticas. Hacer presente, que también existen otras figuras con las que se ha pretendido asimilar, como son: *desequilibrio o disparidad económica, carencia de medios, naturaleza funcional dependiendo de la historia que antecede a la ruptura, entre otras*. De estas visiones en la doctrina hay quienes las defienden como quienes las critican.

En primer término para los autores Barrientos y Novales, el menoscabo económico se define como: “[...] causa genérica que funda el derecho a las prestaciones al término del matrimonio”<sup>17</sup>, además esta es una consecuencia de los requisitos de procedencia establecidos por el art. 61 de la LMC, del cual emanan dos rubros de perjuicios. De esta forma, afirman que: “El menoscabo existe, entonces, cuando se han sufrido o experimentado una serie perjuicios que, al menos cubren los siguientes dos ámbitos:

- a) Lo que el cónyuge dejó de percibir o ganar, como consecuencia de no haber desarrollado una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería.

---

<sup>16</sup> Real Academia Española. Diccionario de la RAE, [en línea] [consulta: 1 agosto 2014] <<http://lema.rae.es/drae/?val=menoscabar>>.

<sup>17</sup> BARRIENTOS Grandón y NOVALES Alquezar. Op. Cit. 418 p.

- b) El perjuicio consistente en el coste de oportunidad laboral, por no haber podido prepararse y desarrollarse profesionalmente para mantener o incrementar sus posibilidades de acceso al trabajo en condiciones de mercado”<sup>18</sup>.

Los autores señalados, agregan que, frente al primer ámbito, se calcula el probable ingreso obtenido por el trabajo no desarrollado, pero no se considera el valor del trabajo doméstico realmente ejecutado. Señalan al respecto: “Lamentablemente no se advirtió que el trabajo en el cuidado de los hijos y en las labores del hogar común, además de ocasionar un menoscabo, equiparable a un cierto “lucro cesante”, por su sola naturaleza de trabajo, debe ser remunerado, con independencia de lo que por haberse dedicado a él se hubiera dejado de percibir o ganar”<sup>19</sup>.

Para Hernán Corral, la compensación económica se asemeja a la figura patrimonial del lucro cesante por los perjuicios que pretende cubrir, de acuerdo a esto señala: “No nos parece que se trate solo de una pérdida de una chance (o de la oportunidad de haberse dedicado a un trabajo externo remunerado) [...] sino más bien de una compensación de un lucro cesante, es decir, de la privación de los ingresos que podría haber obtenido de haber podido realizar tales labores. [El autor a continuación, ofrece una forma de calcular la pérdida por lucro cesante a efecto de la compensación económica] Por cierto, habrá que hacer un cálculo de probabilidades, de circunstancias, de calificación profesional, de rentas de mercado, etc. Estimamos que los criterios que la jurisprudencia ha ido fijando para calcular las indemnizaciones por lucro en casos de incapacidades laborales, pueden ser útil para apreciar esta partida de compensación”<sup>20</sup>. Ha de tenerse en cuenta, que Corral admite lo complicado que es reparar todos los perjuicios

---

<sup>18</sup> Ibid. 425 p. En cuanto al segundo ámbito, Barrientos y Novales señalan que, este queda reflejado en el art. 62.1° LMC, con los criterios que dicen relación con el cónyuge beneficiario “su situación en materia de beneficios previsionales y de salud” y “su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral”.

<sup>19</sup> Ibid. 419 p. Con respecto al valor del trabajo doméstico realmente ejecutado, para Corral debiera quedar incluido en el art. 62.1° en el criterio “la colaboración que se hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”, pág. 30.

<sup>20</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. p. 30

patrimoniales derivados de la ruptura matrimonial, por lo que no habría una reparación íntegra del daño cometido.

Pizarro Wilson, señala que la compensación económica presenta semejanzas con el lucro cesante, sin embargo no cabe confundirlas. Hacer presente, que en un trabajo posterior junto a Vidal critica la similitud con el lucro cesante. Advierte así mismo, que no se trata de una genuina indemnización de perjuicios, trata a la naturaleza de la institución como indemnización por enriquecimiento de uno de los cónyuges a expensas del otro. Si bien, este autor plantea que el desequilibrio económico es el que habilita a uno de los cónyuges a demandar la compensación económica, no obstante a ello, posteriormente trata al menoscabo como un daño patrimonial del cónyuge beneficiario, debido al sacrificio realizado durante el matrimonio.

Contrario a lo planteado por Corral surge Domínguez A., quien critica la similitud que se le pueda entregar a la compensación económica con la figura del lucro cesante, ya que: “[...] en verdad no se trata de valorar matemáticamente lo que habría podido obtenerse con un trabajo. Si así fuese, se trataría entonces de admitir criterios reparatorios que jamás han sido acogidos ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, puesto que las ganancias probables dependen de meras posibilidades que, por lo mismo, son hipotéticas y no ciertas. Criterio semejante ha sido constantemente desestimado en la jurisprudencia por ejemplo a propósito del daño patrimonial que causa un accidente del trabajo. [Este autor desestima que sea lucro cesante] Se trata más bien de lo que, en la teoría del análisis del derecho, se denomina el costo de oportunidad, es decir, la pérdida de la oportunidad laboral, o como dice el derecho francés en materia de indemnizaciones, la pérdida de una “chance”, es decir, la atribución de un valor económico a la posibilidad”<sup>21</sup>. Dentro de esa misma vertiente aparece –aunque con algunos matices- Domínguez H., para quien, el contenido de la compensación

---

<sup>21</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil. En: LEPIN MOLINA, Cristián y MUÑOZ VILLAGRA, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago. Legal Publishing: Thomson Reuters., 2013. 210 p.; Domínguez Águila, antes de plantear la crítica al lucro cesante, define al menoscabo económico como: “es una pérdida en cuanto a que no se obtuvo el beneficio económico que habría podido obtenerse si se hubiese trabajado”

económica comprende una pérdida patrimonial, el cual se pretende cubrir por un lado un desequilibrio económico y por otro un costo de oportunidad laboral, “esto es la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. Este coste podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero solo por aproximación, porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener, que es distinto”<sup>22</sup>. Igualmente Cristián Lepin, que al respecto argumenta: “Se trata de reparar o resarcir el costo de oportunidad laboral, lo que en este derecho se desprende al incorporar como requisito de procedencia en el art. 61 *el no haber realizado actividad remunerada o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería*, y también de los criterios establecidos en el artículo 62, ya que a nuestro juicio si uno de los cónyuges realizó actividad remunerada, difícilmente puede acreditar un menoscabo económico. [Agrega más adelante]. De modo que estimamos que el menoscabo comprende cualquier daño patrimonial o económico, derivado de no haber podido realizar actividad remunerada durante el matrimonio, es decir, consiste en el coste de oportunidad laboral”<sup>23</sup>.

Sin embargo, contrarios a las opiniones anteriores se encuentran Barcia y Riveros. Estos autores, argumentan que la compensación económica es parte del Derecho de Familia y por tanto, no puede sustentarse en categorías propias del Derecho Privado como podría ser el caso del lucro cesante o el costo de oportunidad. En este sentido, señalan que las consideraciones éticas del Derecho de Familia difieren con el Derecho Patrimonial, para lo cual se apoyan en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que pone acento en tales consideraciones: “Los derechos de Familia se basan en afecto de los individuos; no persiguen finalidades económicas sino puramente morales. Ciertamente es que numerosos derechos de familia tienen derivaciones patrimoniales, pero ese no es su objetivo primordial”<sup>24</sup>. Por lo cual, a pesar del sustento ético o moral, reconocen que el Derecho de

---

<sup>22</sup> GÓMEZ de la Torre. Op. Cit. 67 p.

<sup>23</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. La compensación económica efecto patrimonial de la terminación del matrimonio. [En Línea]. Santiago de Chile: Universidad de Chile – Lepin Molina, Cristián Luis, 2010-17. [Fecha de consulta 27 de julio de 2014]. Disponible en <<http://www.captura.uchile.cl/Handle/2250/15698>> (113-114 pp.)

<sup>24</sup> BARCIA Lehmann y RIVEROS Ferrada. Op. Cit. p.251

Familia y la compensación económica puedan verse plasmados en derechos personales o reales a favor del requirente, sin perder su carácter de derecho extrapatrimonial. Luego Barcia y Riveros continuando su planteamiento agregan: “[...] El trasfondo de esta figura no es el mismo que el que está detrás de los derechos personales y reales, que se sustentan en el buen funcionamiento del mercado o de los negocios. A esta conclusión debemos arribar incluso si se aplican categorías propias del Derecho patrimonial, como si se trata de calificar el perfeccionamiento del derecho a compensación, que es más bien una consecuencia del matrimonio, o si se trata de aplicar los criterios de ejecución propios de las obligaciones al derecho a la compensación económica, etcétera. La compensación económica también se aplica dentro de un estatuto regulatorio, como lo es el Derecho de Familia, muy diferente al Derecho Patrimonial, en el cual influyen principios substancialmente diferentes. En este sentido, las diferencias son dramáticas, como se puede apreciar de los principios del Derecho de Familia e Infancia de igualdad de los cónyuges y de los padres, el principio del interés superior del niño, la protección de la familia, etcétera. [...]”<sup>25</sup>.

Mauricio Tapia, en tanto, señala que la compensación económica es de naturaleza jurídica funcional al tipo de familia o comunidad de vida que antecedió a la ruptura. En otras palabras, la compensación económica se acomodará de la manera más conveniente posible a la naturaleza de una institución previa del derecho patrimonial dependiendo al tipo de pareja que se formó en el matrimonio anterior. A esta naturaleza de esta institución, también se le ha tratado con el nombre de “*variable*”. El autor transcrito, plantea de esta forma la funcionalidad de la institución: “En la hipótesis más típica –al menos actualmente- de un marido que trabaja y una mujer que se dedica al hogar y a los hijos y que se separaron luego de algunos años de vida en común, la compensación opera como una verdadera indemnización por pérdida de una oportunidad. [...] En cambio, en hipótesis en que los cónyuges se separan luego de varias décadas de convivencia y uno de ellos no desarrolló una actividad profesional, la compensación económica juega más bien una función asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en el

---

<sup>25</sup> Ibid. pp. 251- 252.

tiempo y entidad, pues es muy difícil que se recupere “profesionalmente” el tiempo perdido. Por otra parte, si un cónyuge contribuyó activamente durante el matrimonio a un negocio de propiedad del otro –una tienda comercial, por ejemplo- además de ocuparse de las tareas domésticas, la compensación económica se acercará entonces a la naturaleza del enriquecimiento sin causa, pues un cónyuge aumentó su patrimonio a expensas del trabajo del otro. Finalmente, si se trata de dos profesionales que trabajaron y se repartieron algunas responsabilidades del hogar y respecto de los hijos, lo más probable es que no exista en verdad una necesidad de compensarlos económicamente”<sup>26</sup>. En otra publicación, Tapia detalla que: “El juez tiene, en todas estas hipótesis, la ardua pero crucial tarea de apreciar minuciosamente la realidad pasada de los cónyuges sobre la base de hechos probados, para utilizar por analogía estas distintas instituciones con el fin de determinar la procedencia y monto de la compensación”<sup>27</sup>. La compensación al tener una naturaleza jurídica funcional, se desprende que en cada uno de los casos demostrados por el autor, el menoscabo económico asumiría distintas modalidades dentro del derecho civil patrimonial (pérdida de una oportunidad, pensión alimenticia y enriquecimiento sin causa). No obstante a lo anterior, hacer presente, que Tapia Rodríguez advierte que en el caso de la indemnización por pérdida de una chance, es muy difícil efectuar su cálculo, ya que: “[...] no se sabe con exactitud cuál habría sido ese trabajo, con qué intensidad lo habría asumido, qué ingresos habría recibido y cuál habría sido su proyección en el tiempo. Sólo se sabe que perdió una oportunidad de desarrollarlo”<sup>28</sup>.

De acuerdo a la propuesta de una compensación económica variable elaborada por Tapia, al interior de la doctrina existen ciertas críticas hacia ella. Por una parte se encuentra la formulada por Pablo Rodríguez, para quién no hay justificación alguna de esta naturaleza, “[...] ya que el objeto que la ley persigue es resolver un

---

<sup>26</sup> TAPIA Rodríguez, Mauricio. La compensación económica en la ley de divorcio. **La semana jurídica**. (271): 4-5, enero de 2006. (4 p.)

<sup>27</sup> TAPIA Rodríguez, Mauricio. Compensación económica. Las incertidumbres comienzan a disiparse. **La Semana Jurídica**. (319): 2, diciembre de 2006. (2 p.)

<sup>28</sup> TAPIA. Op. Cit. 4 p.

desequilibrio patrimonial entre los cónyuges cuando concluye la vida en común, independientemente de los modelos familiares que puedan seguirse de la ruptura. [...] es efectivo que la ley pone acento en la suerte que deberá enfrentar el cónyuge acreedor luego de la ruptura, pero ello en función del desequilibrio que se intenta reparar y no del modelo de familia o de la realidad que se sigue de la ruptura”<sup>29</sup>. Sumándose a las críticas sobre la funcionalidad planteada por Tapia, se encuentra Vidal Olivares quien al respecto señala: “[...] Deja el problema sin resolver y abre paso a una peligrosa y amplia discrecionalidad judicial y, al mismo tiempo, dificulta la revisión de los fallos por la Corte Suprema al hacer cuesta arriba justificar una errónea calificación cuando la naturaleza difiere según las circunstancias del hecho”<sup>30</sup>. Otro autor que ha manifestado críticas a esta naturaleza jurídica funcional es Barcia, quien justifica a la compensación a través del cónyuge más débil, a su vez, esta justificación es funcional y objetiva, y que por tanto, no depende del tipo o clase de unión que tenga la pareja en cuestión.

En tanto que para René Abeliuk, la institución compensatoria no es una indemnización, ni alimentos, ni enriquecimiento sin causa, aunque reconoce que la compensación participa en todas ellas de manera parcial. Dentro de esta misma perspectiva, podemos incluir a Pablo Rodríguez.

Sobre las nociones de lucro cesante y costo de oportunidad laboral, recaen ciertos reparos, que son realizados por algunos autores y que son menester señalar:

González Castillo, no comparte que el menoscabo sea considerado un lucro cesante o costo de oportunidad laboral, “[...] pues ambos extremos están cubiertos, como se analizará luego, por ganancias y crédito a que tiene derecho el cónyuge más débil. La justificación de ambos, como se recordará pronto, es que el marido comparta con su mujer lo que él haya obtenido durante la vigencia de la sociedad conyugal o haya obtenido en mayor medida que ella en el caso de

---

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Ley de matrimonio civil: interpretación, efectos e insuficiencia. **Actualidad jurídica**. 10(20): 365- 444. julio 2009. 381 p.

<sup>30</sup> VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica en el divorcio: ¿las incertidumbres se disipan?, **La semana jurídica**. (321): 3, enero, 2007. 3 p.

participación en los gananciales y ello precisamente porque su mujer se dedicó al hogar e hijos y por lo mismo dejó de percibir y perfeccionarse”<sup>31</sup>.

Frente a esta postura, Vidal no comparte la asimilación del menoscabo económico con el lucro cesante. Puesto que este último, se trata de un daño calculable, en cambio la compensación económica mide la vida en común. En tanto que, con el costo de oportunidad laboral, también rechaza su semejanza, ya que, el cónyuge beneficiario canjea los costes derivados de aquel, por otros vinculados a su realización propia. En una reciente publicación de Vidal junto a Carlos Pizarro, denotan una crítica y ventaja a la vez asimilar al menoscabo con el lucro cesante: “Si bien hay semejanzas entre ambos y lo que se conoce como lucro cesante, no puede realizarse una asimilación exacta pues ese rubro de daños requiere prueba, por lo general, exacta, cuestión que está ausente en la compensación económica. La ventaja de esta propuesta es mostrar que el requirente podía obtener un aumento patrimonial que no se verifica, siendo un antecedente, como se explicará, para la base de cálculo.”<sup>32</sup>.

Entendiendo al menoscabo económico como *desequilibrio o disparidad económica*, se encuentra Álvaro Vidal Olivares, quién haciendo un extenso análisis del menoscabo en la compensación económica en diversos trabajos, éste indica primeramente que la LMC adopta la doctrina del ‘*Clean Break*’ del derecho comparado que consiste en “[...] las prestaciones entre los divorciados no garantizan una posición económica hacia el futuro, sino ofrecen al cónyuge más débil –que sufre el menoscabo económico- una base cierta para afrontar de manera autónoma y digna la vida definitivamente separada”<sup>33</sup>. El autor, no comparte que la compensación económica sea confundida con indemnización de perjuicios por los daños producidos en virtud de los hechos descritos por el art. 54 de la LMC, ni tampoco como una responsabilidad civil propiamente tal. Vidal

---

<sup>31</sup> GONZÁLEZ Castillo, Joel: La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”. 35-36 p.

<sup>32</sup> PIZARRO Wilson Carlos, VIDAL Olivares Álvaro: “La Compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial”. 55 p.

<sup>33</sup> VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica en la ley de matrimonio civil ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?, [en línea]. Revista de derecho, Universidad de Concepción. Enero-Junio 2004. N° 215-216. [consulta: 21 de agosto 2014] < [www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2855](http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2855) ISSN 0718-591X. 267 p.

Olivares, explica que al disolverse el matrimonio por divorcio o nulidad, se provoca un desequilibrio o disparidad económica de los cónyuges, lo cual, para él, es inaceptable y por tanto, requiere de una reacción del ordenamiento jurídico al respecto. Posteriormente, luego de efectuar un análisis de la historia fidedigna del establecimiento de la ley (LMC), concluye al respecto: “a) Al legislador desde un principio le inquietó la situación del cónyuge al que la terminación del matrimonio le causara un menoscabo económico por haberse dedicado, durante el matrimonio, al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común y no haber desarrollado, por esa causa, una actividad remunerada y, por ello, le reconoce un derecho a una compensación; b) Ese menoscabo se identifica con un desequilibrio económico que puede causar un empeoramiento de la situación que durante el matrimonio tenía el cónyuge referido y que se proyecta hacia el futuro; c) La compensación no tiene una naturaleza alimenticia, sino simplemente compensatoria y su finalidad es evitar que este cónyuge comience su vida separada un pie más atrás que el otro. [...]”<sup>34</sup>.

Vidal, entiende al menoscabo económico como: “[...] no se identifica con un daño, sino con el desequilibrio o disparidad entre los cónyuges que implica un empeoramiento de la posición de uno de ellos para el futuro [...]”<sup>35</sup>. Sin perjuicio de aquello, en otra publicación elaborada por el autor, y tomando en cuenta la historia del establecimiento de la ley, la opinión de los autores nacionales y el derecho comparado, señala al respecto que “[...] aparece que es la carencia de medios del cónyuge beneficiario para enfrentar su vida separada en el futuro y que es consecuencia de la disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio. [...]”<sup>36</sup>. En otro sitio, a su vez, entrega otro concepto que es menester destacar: “El menoscabo económico es aquella disparidad entre los cónyuges que surge como consecuencia inmediata del divorcio o declaración

---

<sup>34</sup> VIDAL Olivares, Álvaro. Op. Cit. 276 p.

<sup>35</sup> VIDAL Olivares, Álvaro. Op. Cit. 278 p.

<sup>36</sup> VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica por ruptura matrimonial una visión panorámica. En: García Rubio, María Paz. Compensación económica por divorcio o nulidad. Cuadernos de análisis jurídicos, colección de derecho privado V. Santiago. Universidad Diego Portales. 2009. 17-78 pp. 52 p.

de nulidad y que se materializa en una carencia patrimonial que puede ocasionar un empeoramiento económico futuro del cónyuge que lo padece”<sup>37</sup>.

Vidal, entiende que la noción del menoscabo económico tiene una estructura compleja, la que está compuesta de causas y dimensiones que envuelven al menoscabo económico. En ese sentido, existen con dos tipos de causas que la provocan. De esta manera, está la *causa directa o inmediata* del menoscabo económico, que viene dada por la declaración de la sentencia de divorcio o nulidad del matrimonio. Por otra parte, la *causa mediata o indirecta* del menoscabo económico, se encuentra en el pasado, es determinante y viene dada por las condiciones en que se desarrolló la vida matrimonial de acuerdo al art. 61 de la LMC, esto es, no haber desarrollado actividad remunerada por dedicarse a los hijos o al hogar común. “En segundo lugar, admite dos dimensiones. Una que se manifiesta en la disparidad económica que es el resultado concreto de que el empobrecimiento arrastrado en el tiempo deja de tener una causa que lo justifique. Los cónyuges abiertamente quedan en un pie de desigualdad para enfrentar una vida separada en el futuro. El cónyuge dedicado a la familia, o perdió su autonomía económica o nunca la adquirió. Esta dimensión se materializa en una carencia de medios para enfrentar la vida futura y separada. La otra dimensión es consecuencia necesaria de la primera y consiste en el inminente empeoramiento que sufrirá en el futuro el cónyuge del supuesto del artículo 61, y que tiene título y derecho a la compensación económica”<sup>38</sup>.

Agrega que la compensación económica, tiene una naturaleza jurídica propia y la entiende como una obligación legal de compensar el desequilibrio económico al cónyuge más débil de la relación, por lo cual, la obligación tiene su título en la ley y la compensación económica no tiene por objeto reparar el desequilibrio económico, sino corregirlo, para evitar un empeoramiento de su situación a futuro. En efecto, la compensación le debe entregar una base cierta al cónyuge débil para

---

<sup>37</sup> VIDAL Olivares, Álvaro. El menoscabo económico como elemento central de la compensación económica. En: García Rubio, María Paz. Compensación económica por divorcio o nulidad. Cuadernos de análisis jurídicos, colección de derecho privado V. Santiago. Universidad Diego Portales. 2009. 135-147 pp; 146 p.

<sup>38</sup> Id.

enfrentar el futuro de manera autónoma, por lo que, no se busca conservar el status matrimonial del cónyuge débil, sino de tener una vida autónoma económicamente.

Por último, continúa “La determinación de la existencia del menoscabo económico del cónyuge más débil obliga al juez a mirar hacia el pasado, situarse en el presente e inmediatamente dirigir la mirada hacia el futuro, uno previsible según el curso normal de las cosas. En el pasado está la dedicación del cónyuge más débil a la familia como causa de que no haya podido desarrollar una actividad remunerada como podía y quería. en el pasado está el empobrecimiento que se arrastra en el tiempo. En el presente se aprecia la situación personal en que está cada cónyuge para rehacer su vida separada. Y la mirada hacia el futuro significa proyectar la situación del cónyuge más débil considerando sus circunstancias particulares, en especial, su situación patrimonial, su edad, su estado de salud, su cualificación profesional y las posibilidades de acceder al mercado laboral, su situación previsional y otras relevantes. Si de esa proyección resulta que el cónyuge no podrá alcanzar un estatus económico independiente, a diferencia del otro, quiere decir que existe menoscabo económico y que debe compensarlo este último, que es el deudo según el artículo 61”<sup>39</sup>.

Jorge Baraona, es del parecer que la compensación económica no son alimentos, ni tampoco tienen un carácter indemnizatorio definitivo en el ámbito de responsabilidad civil. A su vez, entiende que el menoscabo económico se identifica con el concepto de desequilibrio o disparidad económica, argumentado de una manera similar a la de Vidal. Lo anterior, Baraona lo explica a través de un fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol N° 307-2008.

Contrariamente a lo anterior se encuentra Carlos Céspedes Muñoz, quien critica la consideración del menoscabo como desequilibrio o disparidad económica. Dicha crítica se habría tomado del derecho español al señalar: “[...] pues este último implica, desde un punto de vista objetivo, la comparación de posiciones y patrimonios de ambos cónyuges para determinar su existencia. En Chile ello no

---

<sup>39</sup> VIDAL Olivares, Álvaro. Op. Cit. 55 p.

acontece, pues la diferencia de patrimonios es irrelevante para acreditar la existencia del menoscabo, el cual debe mirarse sólo de la perspectiva de la situación personal del afectado<sup>40</sup>. Para Céspedes, la determinación del menoscabo económico dependerá de la situación particular de cada cónyuge, lo que se debe compensar es la pérdida de una ventaja por parte del cónyuge más débil y, por tanto, se debe comparar su situación tanto durante el matrimonio como luego de la ruptura, no así la del cónyuge deudor, el patrimonio de éste último no interfiere en la determinación del menoscabo económico.

Corral, tampoco considera al menoscabo como desequilibrio económico, ya que: “[...] se trata claramente de un daño, ya que esa es la inteligencia más clara y directa del vocablo ‘menoscabo’. No compartimos la posición de quienes, al parecer siguiendo los criterios de la legislación y jurisprudencia española, pretenden identificar el menoscabo con un ‘desequilibrio económico’ entre los cónyuges de cara a la nueva vida que deben enfrentar después de la disolución del vínculo”<sup>41</sup>.

En tanto Barrientos y Novales, señalan que el desequilibrio económico no fue recibido en definitiva en la configuración de la prestación al término del matrimonio. Sin embargo reconocen que el desequilibrio económico aportó nuevos aspectos a la discusión parlamentaria como son:

- a. Dio paso a la noción de “menoscabo económico” ;
- b. Permitió que se tuviera en cuenta para la determinación de la pensión dos ámbitos diversos, a saber: 1) el de la posición del cónyuge durante el matrimonio y la posición menoscabada en la que quedaba después en relación con la situación anterior; y 2) la posición de menoscabo del cónyuge en relación con sus expectativas futuras.

---

<sup>40</sup> CESPEDES Muñoz, Carlos. El momento de valoración del menoscabo en la compensación económica. **Revista de derecho universidad católica de la santísima concepción, facultad de derecho.** (21): 95-101, julio, 2010. 97 p.

<sup>41</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. 26 p.

Otro autor que se ha encargado de indagar acerca del presupuesto esencial de la compensación económica es Joel González Castillo, para quién el desequilibrio económico no es a lo que alude la LMC, ya que el menoscabo está “caracterizado por la carencia de medios de uno de los cónyuges para enfrentar su vida futura. Perfectamente puede suceder que al momento del divorcio o nulidad los cónyuges tengan una situación patrimonial totalmente distinta configuradora de un ‘desequilibrio patrimonial’. Pero que ambos sin embargo tengan bienes y recursos suficientes para el futuro. Desigualdad o desequilibrio no es lo mismo que carencia de medios, que es lo que justifica el otorgamiento de compensación”<sup>42</sup>. En efecto, González diferencia lo que es el desequilibrio económico a una carencia de medios sobreviniente de uno de los cónyuges, esto último sería –según el autor- lo que gatillaría en definitiva en el elemento central de la compensación.

### **2.2.1. La relación del menoscabo económico con el daño moral.**

Si bien, en el daño moral del ámbito de la responsabilidad civil se presenta una situación similar a la del menoscabo en la compensación económica, en el sentido de que es prácticamente imposible restituir el valor de lo perdido o dañado por su equivalente exacto. No obstante a ello, no existe conformidad doctrinal sobre la identificación de ambas figuras.

Como antecedente a la relación que pueda existir con el daño moral, es menester traer a colación el oficio n° 4606 del Servicio de Impuestos Internos con fecha 18 de noviembre de 2005, en ella -junto con determinar a la compensación económica como ingreso no constitutivo de renta, para el caso que sea declarada por sentencia judicial ejecutoriada de conformidad a la Ley sobre Impuesto a la Renta (art. 17.n° 1. 1)- además, se califica a la compensación económica como daño moral y no como lucro cesante y daño emergente. Es daño moral, porque *pretende compensar los daños sufridos en la esfera más íntima y, por tanto, no patrimonial de la víctima.*

---

<sup>42</sup> GONZÁLEZ Castillo, Joel. Op. Cit. 35 p.

Con respecto a la relación del daño moral y la compensación económica, en razón del oficio del SII antes mencionado, Domínguez A. sostiene que: “[...] No podemos compartir la identificación de la compensación económica con el daño moral, puesto que éste dice relación con derecho de la personalidad y atributos no patrimoniales. Pero el criterio del Servicio de impuestos internos interesa en cuanto estima que ‘no podría considerarse daño emergente ni lucro cesante’ y que para otorgarle carácter extrapatrimonial ‘es el hecho que tales cuidados o labores propias del hogar común pueden restringir o cancelar las posibilidades de un desarrollo personal en otras esferas’. La conclusión interesa entonces por lo que se viene señalando: no se trata de avaluar lo que habría podido ganarse y fijar en razón de ello el monto de la compensación, pues si así fuese, no sería ‘compensación’, sino que derechamente ‘indemnización de daño económico’ y más derechamente lucro cesante impropio. Se trata entonces de ‘compensar’, de otorgar una satisfacción que en alguna medida mitigue la pérdida de oportunidades producida por la dedicación a los hijos o al hogar”<sup>43</sup>.

Por su parte Barcia, haciendo referencia al elemento central de la institución, señala que “[...] es el que otorga la calidad de débil a uno de los cónyuges y se presenta además como un claro menoscabo futuro. [...] Esta exigencia se centra en el trasfondo asistencial de la compensación económica, que exige un menoscabo futuro en atención a la situación que se generó entre los cónyuges durante el matrimonio. De esta forma, no basta con que uno de los cónyuges se haya dedicado a las labores del hogar común o el cuidado de los hijos, sino que además debe recurrir alguna de las circunstancias preceptuadas en el artículo 62.1° de la LMC”<sup>44</sup>. El mismo autor, posteriormente se refiere al daño moral y la relación que pueda haber con el menoscabo económico, ante esto, estima que si bien puede proceder el daño moral por incumplimiento de deberes matrimoniales, este no puede ser incluido en la demanda de compensación económica, pues ambas son figuras totalmente distintas, “[...] por la simple razón de que el objeto de esta figura no es compensar ‘daños’, sino resarcir la situación de desventaja en

---

<sup>43</sup> DOMÍNGUEZ Águila, Ramón. Op. Cit. 213-214 pp.

<sup>44</sup> BARCIA Lehmann, Rodrigo. Op. Cit. 336-337 pp.

que se puede encontrar uno de los cónyuges, producto de la distribución del trabajo acordada por ellos. Como se ha analizado lo anterior no quiere decir que no se pueda demandar por daño moral por incumplimiento de los deberes del matrimonio, simplemente ello no es posible hacerlo a través de la compensación económica; ni a través de los TF. [Tribunales de Familia]. En consecuencia, el derecho a la compensación económica, de que trata el artículo 61 de la LMC, solo cubre una situación especial y singular, que no afecta los demás derechos que corresponden al cónyuge que fue objeto del hecho ilícito y antijurídico”<sup>45</sup>. Hacer presente, que el autor admite al daño moral en el Derecho de Familia, pero solo para casos graves. Además, de la diferencia anotada entre ambas figuras, el autor esboza una definición del núcleo central de la prestación compensatoria.

En un último trabajo realizado por Barcia junto a Carolina Riveros, determinan que la funcionalidad de la compensación económica viene dada por la protección a la familia y la distribución del trabajo acordada por los cónyuges. Esta distribución de qué hablan los referidos autores, consiste en un acuerdo eficiente en que uno de los cónyuges pueda dedicarse normalmente al trabajo remunerado, mientras que el otro cónyuge, por tanto, se dedique a las labores domésticas en provecho de la familia, de manera temporal o definitiva. Esa función descrita por Barcia y Riveros la abordan de la siguiente manera “[...] es económica y social y que por regla general, se concretiza en una función resarcitoria, pero que puede ser perfectamente asistencial de forma subsidiaria o complementaria. Sin embargo, la función asistencial no escapa de los criterios resarcitorios establecidos en el artículo 61 de la LMC, los que determinan la procedencia de la compensación. La función resarcitoria, como sucede también en un sistema de responsabilidad civil, distribuye los beneficios entre el cónyuge, que se ha beneficiado de la división de funciones del matrimonio, y el que ha optado por apoyar al otro cónyuge o dedicarse a los hijos. La compensación económica entonces lo que busca es hacer ejecutable estos acuerdos, que de no mediar esta figura se harían más difíciles. [...]”<sup>46</sup>. Más adelante en la misma publicación, señalan “La lógica de

---

<sup>45</sup> BARCIA Lehmann, Rodrigo. Op. Cit. 352 p.

<sup>46</sup> BARCIA Lehmann y REIVEROS Ferrada, 263p.

nuestra legislación es la siguiente: la distribución del trabajo entre los cónyuges es como si ellos suscribiesen un acuerdo presunto, que es renunciable por regla general, de repartir los beneficios que de ello se obtengan en la forma establecida por la ley. De proceder de esta forma, los cónyuges se adscriben a un estatuto jurídico particular que se denomina compensación económica. Pero el estatuto jurídico protector no solo tiene una función resarcitoria, por lo cual se reparte el beneficio que la familia obtiene de la distribución del trabajo, sino que cumple una función adicional que es asistencial. Así, de producirse esta suerte de acuerdo implícito o presunto, se extiende la protección al cónyuge beneficiario que esté en una situación de necesidad”<sup>47</sup>. De conformidad a la posición planteada primeramente por Rodrigo Barcia, y luego junto a Carolina Riveros, se podría inferir que el menoscabo económico vendría dado por una situación de desventaja que uno de los cónyuges experimenta, debido a una repartición de beneficios contraria a la establecida por la LMC en virtud de la distribución del trabajo acordada presuntamente por los cónyuges, por lo cual, la compensación económica cumple una función resarcitoria para corregir esa desventaja o asistencial subsidiaria o complementaria en ciertos casos de estados de necesidad del cónyuge beneficiario.

Pablo Rodríguez Grez, comparte los argumentos de la mayoría de la doctrina nacional, en cuanto a señalar que en la compensación económica no existe daño, tampoco hay culpa o dolo, ni menos aún incumplimiento de obligaciones de alguna de las partes. Acá, estima el autor, en el contexto del matrimonio sucede otra situación contraria, “[...] Lo que ha sucedido es una distribución de las cargas y deberes que impone la vida en común, tanto respecto de los hijos como de la situación doméstica. Por consiguiente, no cabe pensar en una indemnización, tanto más si se tiene en consideración la circunstancia de que ella corresponde a una sanción, destinada a restaurar un orden jurídico quebrantado. Nada de ello se presenta en el caso que se analiza. Es posible sostener que el artículo 62 de la LMC alude, sin embargo, al perjuicio económico que sufre uno de los cónyuges. En efecto, dicha disposición señala que ‘Para determinar la existencia del

---

<sup>47</sup> Id.

menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará especialmente...'. En verdad esta alusión tiene otro contenido. Se trata de examinar comparativamente la fuerza de cada patrimonio, puesto que la 'compensación' tiene como fundamento esta desigualdad patrimonial fruto de los diversos roles asumidos durante el matrimonio. No se refiere el legislador al daño emergente ni al lucro cesante, sino a un hecho que permite calcular un desequilibrio económico, base de la compensación"<sup>48</sup>. A su vez, el autor llega a la conclusión que la compensación económica es un derecho sui géneris y que participa de distintos institutos jurídicos, al igual como lo plantea René Abeluik. La conclusión, para determinar esta naturaleza, la obtiene al descartar la naturaleza alimenticia, funcional y de responsabilidad civil que pudiese asumir la prestación.

Rodríguez Grez, destaca los elementos esenciales que envuelven a la institución en estudio. Dentro de esto, manifiesta que el hecho que subyace de la compensación es el desequilibrio económico como hecho fundamental, el cual tiene su origen en el acuerdo de asumir diversos roles por los cónyuges al interior del matrimonio, esto es, uno de ellos se dedica al hogar, mientras que el otro, a las labores remuneradas. De los beneficios que se obtengan de dicho acuerdo, son compartidos por los cónyuges. Con estos beneficios se logran: *i) Funcionamiento del hogar común, ii) Normal desarrollo de los descendientes, y iii) La producción de medios económicos indispensables para financiar la vida y progresar materialmente*. En cuanto al acuerdo que asumen ambos cónyuges y en cuanto a la distribución del trabajo descrito anteriormente, es muy similar a lo que señalan Barcia y Riveros.

Estos beneficios de que gozan los cónyuges, se logran obviamente al interior del matrimonio, los cuales al momento de la ruptura son de difícil valoración. Es por ello, que –al igual como lo estima Domínguez Hidalgo- nos encontremos con un problema similar al del daño moral para su cuantificación.

---

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Op. Cit. 379-380 pp.

Además del hecho fundamental que señalamos anteriormente y que Rodríguez Grez estima que subyace en la compensación económica, existen tres elementos esenciales que constituyen la esencia de la institución, que son:

- a. Compensación de una expectativa frustrada. El matrimonio, que se había proyectado para toda la vida, presenta una fractura irremediable que pone fin a la convivencia.
- b. Enriquecimiento por colaboración. Producida la ruptura matrimonial, el cónyuge dedicado de preferencia a la consecución de medios económico, en el ámbito de la vida familiar organizada por el otro cónyuge, se ve materialmente favorecido en desmedro de aquel encargado de la crianza de los hijos y la organización doméstica del hogar.
- c. Provecho derivado de la dedicación (cuidado y tiempo) a los hijos comunes. Todo cuanto se haga en beneficio de los hijos redundará en favor de ambos cónyuges, así se trate de actividades familiares (en el seno del hogar) o de inversión económica (gastos en educación y establecimiento).<sup>49</sup>

Agrega dos principios que son esenciales a su vez, el “affectio maritales” y la “protección del cónyuge más débil”, de conformidad a estos principios Rodríguez Grez señala que: “[...] De estos principios, reconocidos en la legislación vigente, se sigue que el derecho a ‘compensación económica’ debe apuntar a una clara dirección: restaurar el equilibrio económico entre los cónyuges cuando, a causa de una distribución de roles en la vida matrimonial, uno de ellos ha experimentado un menoscabo patrimonial susceptible de corregirse. [De lo hasta acá expuesto por Rodríguez Grez, se colige que, hay un hecho fundamental: Desequilibrio económico. El objeto de la compensación, es restaurar el equilibrio por un menoscabo sobreviniente a uno de ellos, debido a la distribución de roles.] [Continua Rodríguez] En consecuencia, la ‘compensación económica’ de que trata el artículo 61 y siguientes de la LMC es la forma de remediar la pérdida de una expectativa de vida matrimonial, de sancionar un enriquecimiento por colaboración

---

<sup>49</sup> Ibid. 382 p.

y de compartir el provecho derivado de la dedicación (cuidado y tiempo) a los descendientes comunes. Por lo tanto, no tiene ella uno sino varios fundamentos que nos aproximan a muy diversas instituciones y principio jurídicos (indemnización de una expectativa cierta, enriquecimiento injusto división de beneficios). Quizás si sean estas características las que han provocado la sostenida discusión sobre su naturaleza jurídica.”<sup>50</sup>

De acuerdo a los últimos tres autores que hemos citado (Barcia, Riveros y Rodríguez) concuerdan que no hay un daño que reparar en la compensación económica, sino, una situación de desventaja como llama Barcia, o desequilibrio económico que denomina Rodríguez, que sobreviene en uno de los cónyuges. Luego, estos autores, concuerdan a la vez, que aquella situación experimentada por uno de los cónyuges, proviene de una mala distribución de los beneficios derivados de la división del trabajo acordado por éstos.

### **2.2.2. Conclusión parcial.**

De los autores citados en las páginas anteriores, cada uno demuestra la importancia que tiene el elemento del menoscabo en la compensación económica, destacándolo como su elemento central. Sin embargo, para entender la noción o línea que cada autor demuestra acerca del menoscabo económico, es necesario consultar a la naturaleza jurídica que éstos estiman.

Hay prácticamente un conceso generalizado por parte de la doctrina nacional de no considerarlo como derecho de alimentos, salvo en el caso de fijarlos en cuotas de conformidad al art. 66 de la LMC, para el sólo efecto de su cumplimiento.

Otro aspecto destacable, es que el carácter resarcitorio que pueda adoptar la figura de la compensación económica, no puede ser adoptada cabalmente, pues faltan ciertos elementos que envuelven a la responsabilidad civil que no los tiene esta institución, como son falta de daño, imputabilidad y culpa o dolo. Tal como lo estima Barcia, la mayoría de la doctrina nacional, se inclina por considerar el

---

<sup>50</sup> Ibid. 382-383 p.

aspecto resarcitorio de la compensación económica, pero con distintos fundamentos. Dentro de esos fundamentos esta: el lucro cesante, costo de oportunidad o pérdida de una chance, enriquecimiento de uno de los cónyuges a expensas del otro. Sin embargo, lo que subyace en esta institución es el desequilibrio económico, debido a una mala distribución del trabajo derivado del acuerdo presunto celebrado por los cónyuges en pro de la familia.

Otra de las consideraciones finales, es que la compensación económica debe apuntar a resarcir el menoscabo ocasionado, producto de la desventaja sobreviniente de uno de los cónyuges, entregándole –dentro de lo posible-, tal como lo indica Domínguez Águila, una suma que pueda mitigar la situación desmedrada del cónyuge más débil de la relación y así pueda insertarse o reinsertarse en el mercado laboral.

### **2.3. Causas que dan origen al menoscabo económico.**

#### **2.3.1. Cuestión previa: procedencia del menoscabo económico frente a la relación de los arts. 61 y 62 inc. 1° de la LMC.**

Antes de analizar las causas copulativas que entrega el art. 61 de la LMC, es menester detenerse en una cuestión previa a aquella, en la de determinar la procedencia del menoscabo y en su consecuencia, la compensación económica. En sentido, la doctrina nacional, como ya lo afirmamos, ha sido conteste en estimar que el menoscabo económico es el elemento central de la compensación económica, más allá de las distintas concepciones que giran alrededor de ella para entender a dicho elemento. No obstante a lo anterior, esa uniformidad no ha sido reflejo de entender la procedencia u orígenes del menoscabo económico. Frente a la situación anterior, cabe plantear entonces las siguientes interrogantes: ¿Dónde surge el menoscabo económico?, ¿Éste menoscabo sólo surge del artículo 61 de la LMC o también puede surgir del inc1° del art. 62 de la LMC a través de los criterios que ella expone?, si el artículo 61 demuestra que el menoscabo surge por la ausencia de actividad remunerada, debido a que la mujer se dedicó a las labores del hogar, ¿Qué rol cumple entonces el art. 62, sobre todo

cuándo señala *“Para determinar la existencia del menoscabo económico”*?, en definitiva ¿Basta con probar los requisitos del art. 61 para otorgar la compensación económica?. Estas son preguntas, que dentro del poco tiempo que tiene la compensación económica en nuestra legislación, se han tratado de responder de diversas maneras por la doctrina y la jurisprudencia y esto surge por la redacción poco afortunada del art. 62.1° LMC al indicar literalmente *“para determinar el menoscabo económico”*, lo cual se enreda con señalado por el art. 61 LMC. En efecto, la diversidad doctrinal frente a este tema surge indefectiblemente de conseguir una relación armónica entre ambos preceptos, los cuales no ayudan del todo con sus redacciones.

Dentro de la situación planteada, tenemos al artículo 61 de la LMC, el cual señala una serie de causas que deben participar de manera copulativa para verificar el menoscabo ahí planteado, como ya se sabe son: i) Ausencia de actividad remunerada o actividad remunerada en menor medida de lo que se quería y podía; ii) Consecuencia de la dedicación a las labores hogareñas; y iii) que todo lo anterior, traiga consigo el menoscabo económico a la cónyuge.

Por otra parte, encontramos al artículo 62 de la LMC, el cual expone una serie de criterios –no taxativos, sino ejemplares- de los cuales se deben tener presente a la hora de determinar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación, de conformidad a su tenor literal. Cabe hacer presente que, la relación es con el primer inciso de esta norma y no con el segundo inciso, pues este último, dice relación al divorcio por culpa y las facultades del juez de familia en orden a denegar o disminuir prudencialmente o disminuir prudencialmente el monto de la compensación al cónyuge que dio lugar a la causal de tal divorcio.

Debido a lo que expresan cada uno de los preceptos indicados, es obvio colegir que la necesidad de relacionar o armonizar ambos artículos nace del primer propósito entregado por el legislador en el artículo 62.1° de la LMC que señala *“Para determinar la existencia del menoscabo económico”*, lo cual choca necesariamente con lo que expone el artículo 61 de la LMC, ya que también exige tal propósito: menoscabo económico.

Susan Turner, expone que la relación armoniosa que se busca entre los arts. 61 y 62.1° de la LMC, debe ser planteada como cuestión previa al análisis de la procedencia de la compensación económica. A lo cual señala: “[...] la cuestión a dilucidar en esta oportunidad es previa a la señalada [Previa al análisis del art. 61]. Se trata de determinar cuáles son los requisitos de procedencia de la compensación económica y en ese sentido, el foco de análisis se desvía desde la norma del art. 61 de la LMC en forma aislada hacia la relación en que se encuentran los artículos 61 y 62 inciso 1° de la LMC. Si solo el primero contiene los presupuestos legales de la prestación, cuyo cumplimiento hace surgir la obligación de compensar de uno de los cónyuges al otro, entonces la segunda disposición, con su catálogo de circunstancias, se refiere a algo distinto. Si, en cambio, el art. 62 inc. 1° de la LMC también contiene requisitos de procedencia de la compensación económica, corresponderá preguntarse, adicionalmente, si ellos deben concurrir en forma copulativa con los requisitos del art. 61 de la LMC o son meramente alternativos de los primeros”<sup>51</sup>.

Señalado lo anterior, verificamos tres visiones respecto a la relación de ambos preceptos que son necesarios exponer:

### **2.3.2. Relación de norma principal a norma auxiliar.**

En virtud de esta relación, a través de una interpretación restrictiva de ambos preceptos, se entiende al art. 61 de la LMC como la norma principal, porque entrega los presupuestos de procedencia de la compensación económica, mientras que el art. 62 inc.1° es solamente la norma cuantificadora de la prestación compensatoria, por tanto auxiliar de la primera. Por lo que, solo en la medida que tengan aplicación al caso concreto los supuestos del art. 61, se podrá aplicar los criterios cuantificadores del art. 62 de la LMC. En tal sentido también lo reconoce Turner Saelzer: “Considerar que el legislador fue poco preciso en los

---

<sup>51</sup> TURNER Saelzer, Susan. Los requisitos de procedencia de la compensación económica en la jurisprudencia nacional. En: García Rubio, María Paz. Compensación económica por divorcio o nulidad. Cuadernos de análisis jurídicos, Colección derecho privado V. Santiago. Universidad Diego Portales. 2009. 119-133 pp. 120p.

términos empleados en ambas normas y que entre ellas hay una relación únicamente de norma principal a norma auxiliar: mientras el artículo 61 define las condiciones de procedencia de la compensación económica, el artículo 62 inciso 1° fija, en el caso que haya lugar a ella su monto. Por consiguiente, solo en la medida que se cumplan las condiciones del primero tendrán aplicación las circunstancias del segundo”<sup>52</sup>.

Si bien esta visión trabaja en conciliar la relación entre ambas normas, no obstante a ello, omite uno de los propósitos señalados por el legislador en el artículo 62.1°, que de acuerdo a su tenor literal señala: “Para determinar la existencia del menoscabo económico”. El legislador le entregó a la norma señalada un doble propósito a fin, la determinación del menoscabo y cuantía de la compensación económica, esto quiere decir que a través de lo prescrito por esta norma no solo se cuantificaría el menoscabo que se ocasionó, sino que también tiene la tarea de determinar la existencia o no del referido menoscabo. Sin embargo con esta interpretación restrictiva de las normas la función de determinar el menoscabo queda sin concreción alguna. Susan Turner, justificando de alguna forma la existencia de esta relación señala que: “Este escollo podría salvarse estimando que el legislador fue poco preciso en los términos empleados en la referida disposición y que la distinción entre dos funciones distintas tenía el sólo propósito de vincular lingüísticamente ambas normas a través de la expresión “menoscabo económico”, pero lo relevante era la tarea cuantificadora de las circunstancias del catálogo legal (art. 62 inc.1° de la LMC)”<sup>53</sup>.

Por su parte, José Guerrero Becar también manifestó ciertas falencias que lleva consigo entender a estos preceptos conforme a una interpretación estricta, este indica que: “Sin embargo, cabe reconocer que de la aplicación estricta de esta interpretación surgen innumerables problemas, desde luego la determinación de su procedencia y cuantificación, pero además deja fuera casos que violentan el

---

<sup>52</sup> TURNER Saelzer, Susan. Procedencia y función de la compensación económica del divorcio en la jurisprudencia. [en línea] Revista del abogado. Abril 2004. N° 42. [Consulta: 14 Julio 2014] <<http://www.colegioabogados.cl/>> 27 p.

<sup>53</sup> TURNER Saelzer, Susan. Op. Cit. 121 p.

artículo 3° de la LMC en cuanto a la protección del cónyuge más débil, como, por ejemplo, en los siguientes supuestos: cónyuge que no trabajó durante el matrimonio y no tuvo a su cargo el cuidado del hogar o hijos comunes por razones de enfermedad grave; o bien la mujer que trabajó en doble jornada: sin descuidar el cuidado del hogar e hijos comunes e igualmente realizó actividades remuneradas con igual o mayor intensidad que su cónyuge”<sup>54</sup>. Aunque, cabe advertir que sigue la visión defendida por el profesor Hernán Corral, muy distinta a esta postura por lo demás.

En definitiva, a través de esta postura, la interpretación restrictiva de las normas entrega a cada artículo un rol único y específico, por tanto, éstos no se pueden confundir ni entrelazar a la hora de otorgar la compensación económica al cónyuge beneficiario. Por lo tanto, los criterios del artículo 62 en ningún caso pueden medir el menoscabo ocasionado en orden a darle su existencia o procedencia a la prestación, sino que solamente sirven para verificar con sus criterios el quantum de la compensación.

### **2.3.3. Relación de dependencia funcional de ambas normas.**

La doctrina adherente a esta postura señala que el art. 62 de la LMC sigue la tesis subjetiva del derecho español, puesto que los criterios expresados por el referido precepto sirven para determinar el menoscabo, es decir, condicionan de alguna forma la existencia del menoscabo y además tienen la labor de cuantificar la compensación económica. En este sentido, a diferencia de la anterior interpretación, se reconoce que las circunstancias entregadas por el art. 62 inc.1° de la LMC actúan en dos etapas distintas, primero ayudando a la configuración del menoscabo económico ocasionado y luego cuantificando el mismo. Lo anterior, lo justifica la doctrina seguidora de esta visión con el tenor literal del artículo 62 inc.1° referido. “Siguiendo la literalidad de la primera parte del artículo 62 inciso 1°,

---

<sup>54</sup> GUERREO BECAR, José Luis. MENOSCABO Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA: JUSTIFICACIÓN DE UNA VISIÓN ASISTENCIAL. *Rev. Derecho (Valdivia)* [online]. 2008, vol.21, n.2 [citado 29 abril 2014], pp. 85-110. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502008000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200004&lng=es&nrm=iso)> ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502008000200004>. 99 p.

asigna a las circunstancias enumeradas a continuación, tanto una función configuradora del menoscabo económico y, en ese sentido, complementaria de los presupuestos del artículo 61, como una función cuantificadora de dicho menoscabo y desde esa perspectiva, una tarea “subordinada” al artículo 61”<sup>55</sup>. Entonces, en cada una de las etapas en que actúan los criterios del art. 62 de la LMC tendrá una función distinta con respecto al art. 61 de la LMC. Por lo tanto, es por ello que se trata de una relación funcional, ya que habrá primero una función complementaria y luego una función auxiliar o subordinada del art. 62 con respecto al art. 61 de la LMC.

Por lo que de acuerdo con esta interpretación de preceptos, el art. 61 de la LMC entrega los requisitos de procedencia de la prestación compensatoria, es decir, el menoscabo económico no podría producirse sino por la falta de trabajo remunerado por haberse dedicado a las labores domésticas. Frente a esto, el art. 62.1° puede influir en el art. 61 determinando la inexistencia del menoscabo económico y por ende, en la improcedencia de la compensación económica. En definitiva, los criterios del 62.1° tienen la labor de medir la gravedad del menoscabo económico ocasionado, además de cuantificar. Si quisiéramos entender a esta interpretación desde otra perspectiva, debiéramos decir que solo en la medida que se cumplan todos los presupuestos del artículo 61, tendrá aplicación el art. 62.1° para verificar la existencia y luego cuantía del derecho.

La profesora Susan Turner es seguidora de esta postura señalando al respecto, una serie de argumentos para entender que esta relación de los preceptos es la más adecuada:

- a. De esta forma, se le daría una interpretación más estricta a las normas. Ya que, no todo menoscabo económico derivado del art. 61 de la LMC será compensado, sino que, solo aquel que según los criterios del art. 62.1°, sea jurídicamente relevante. Acuña agrega que esta interpretación ayudaría a generar efectos normativos útiles a las referidas normas.

---

<sup>55</sup> TURNER Saelzer, Susan. Op. Cit. 27 p.

- b. Esta interpretación implicaría que el cónyuge acreedor de la prestación compruebe el menoscabo económico efectivamente causado. Dicha comprobación la debe realizar a través del catálogo de criterios del primer inciso del art. 62.1°. Es decir, que bajo a esta interpretación, el menoscabo económico no se presume.
- c. Turner Saelzer, por último estima que: “Atribuir esta función auxiliar al art. 62 inc. 1° LMC no implica restar influencia al mismo sino fijar el sentido de la fórmula “para determinar la existencia del menoscabo económico” con que se inicia la disposición. En efecto, la corta duración del matrimonio o la mala salud del cónyuge solicitante servirá para fijar el monto del menoscabo sufrido o para determinar que dicho menoscabo no existe, a pesar de haberse dedicado el cónyuge beneficiario al cuidado de los hijos o al hogar común. Solo en el evento de concurrir tal menoscabo, tendrá aplicación la segunda función atribuida a las circunstancias del art. 62 inc.1° LMC en su primera parte, consistente en determinar “la cuantía de la compensación”. Por el contrario, si de la ponderación de los parámetros del art. 62 inc. 1° resulta que tal menoscabo no existe, entonces, ni aun cuando durante el matrimonio el cónyuge solicitante hubiese cuidado de los hijos o del hogar común habrá lugar a la compensación económica”<sup>56</sup>.

Por último, destacar que además de las señaladas Turner y Acuña, hay otros autores en la doctrina nacional que adhieren a esta interpretación. Entre ellos se puede agregar a Lepin, quien haciendo referencia a la necesidad de encontrar una interpretación armónica de ambos preceptos, es partidario de esta postura al afirmar que: “No compartimos la postura tendiente a interpretar extensivamente la procedencia de la compensación económica; por el contrario, creemos que los requisitos del art. 61 NLMC se complementan con los criterios del art. 62, en cuanto a través de ellos se puede configurar el menoscabo económico. Pretender hacer procedente la compensación sólo en algunas de las circunstancias del art.

---

<sup>56</sup> TURNER SAEZLER, SUSAN. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL: TRES CUESTIONES DOGMÁTICAS. Revista Chile de Derecho [en línea] 2005, 32 (Septiembre-Diciembre): [fecha de consulta: 30 de Abril de 2014] Disponible en: <<http://readlyc.org/org/articulo.oa?id=177021328002>> ISSN 0716-0747; 423 p.

62 NLMC va contra lo expresado en la ley, y busca establecer una especie de cláusula de dureza de facto, es decir, que los cónyuges se vean impedidos de solicitar el divorcio, por la eventualidad de ser condenados al pago de una indemnización”<sup>57</sup>. Claramente en la visión que estima Lepin, no contempla la postura creada por Corral al dar una interpretación amplia de ambas normas, pudiendo encontrarse los requisitos de procedencia en cualquiera de ambos artículos. La misma determinación con respecto a estas normas, se puede desprender de la opinión de Domínguez A. que señala: “Aunque algún expositor ha pretendido que solo el hecho de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar sin poder trabajar determina un menoscabo económico, nos parece más lógico y de acuerdo a la ley entender que se trata de un requisito que debe acreditarse y prueba es que el artículo 62 señala algunas circunstancias que permiten determinar que ha existido tal menoscabo y que son las mismas que permitirán también precisar su monto”<sup>58</sup>. A su turno, Eduardo Court Murasso quien fue uno de los primeros autores en desarrollar un trabajo en torno a la nueva LMC, se refiere al menoscabo económico como: “El supuesto esencial para la procedencia de la compensación, y para la determinación de su cuantía, es la existencia real y efectiva de un menoscabo económico sufrido por el cónyuge titular del derecho, que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o solo pudo hacerlo en menor medida de lo que podía y quería, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Por lo mismo, en el artículo 62, la LMC establece algunos parámetros generales para tal determinación que, sin el carácter de taxativos, deben ser considerados especialmente para este fin [...]”<sup>59</sup>. Por lo cual, dentro de su apreciación, podríamos desprender que la procedencia básica del menoscabo está en el art. 61, pero que los criterios no taxativos del art.

---

<sup>57</sup> Lepin Molina. Op. Cit. p. 136.

<sup>58</sup> Domínguez Águila. Op. Cit. p. 209. Además dentro de ese comentario hace alusión al ejemplo planteado por Carlos Pizarro Wilson, que menciona a un matrimonio de larga duración en que la cónyuge se dedique a los hijos y el hogar, se le presumirá un menoscabo económico. Pizarro Wilson, Carlos. “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”.

<sup>59</sup> COURT Murasso, Eduardo. Nueva Ley de Matrimonio Civil: Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada. Santiago, Chile. Legis, Universidad Adolfo Ibáñez. 2004. 97-98 p.

62 deben tenerse en cuenta especialmente para la existencia del menoscabo. En tanto, Segura –si bien no lo desarrolla como tema en su trabajo- señala que el art. 62 entrega algunos parámetros que el juez debe tener en cuenta para fijar la compensación económica.

#### **2.3.4. Relación de normas con menoscabo económico autónomo o tesis Corral.**

Esta última postura se aparta de las dos interpretaciones anteriores, ya que le entrega importancia a ambos preceptos de igual manera. Es decir, se trata de independizar a los dos preceptos, para concebirlos como normas principales e independientes entre sí. Entendiendo a esta interpretación, el fundamento de derecho de la compensación económica sería autónomo y por ende, no se radicaría solo en el art. 61 de la LMC. En efecto, el art. 62.1° con su catálogo de circunstancias, puede expresar un menoscabo económico compensable.

Hernán Corral ha sido el creador y defensor de esta postura. El autor argumenta que el supuesto de hecho fundamental que exigen ambas normas, es la concurrencia de un menoscabo económico ocasionado hacia uno de los cónyuges al tiempo de la ruptura matrimonial, el que se hace obviamente evidente al momento de retirar el estatuto protector del matrimonio. Siguiendo a Corral este argumenta que: “Este menoscabo económico, en la mayor parte de los casos, será consecuencia de haberse dedicado el cónyuge beneficiario al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería. Por eso, la ley lo pone como ejemplo prototípico en el primer precepto: art. 61. Pero bien puede ser que el menoscabo no se produzca por esta circunstancia típica y más frecuente (la dedicación de un cónyuge al hogar), sino por otras que no se mencionan en el art. 61, pero sí en el art. 62. Por ejemplo, si la mujer que pudo ejercer una profesión durante su matrimonio se ve privada de beneficios previsionales o de salud derivados del sistema al que pertenece el marido y por razones de edad o de salud no es

previsible que pueda proporcionárselos a través de sus propias cotizaciones legales. También puede suceder que no se dé el supuesto principal del art. 61 porque la mujer no trabajó, ya no porque se dedicó al hogar o a los hijos, sino sencillamente porque no pudo hacerlo al verse afectada por una enfermedad física o mental incapacitante. Si se observa la letra del precepto del art. 61, tendríamos que llegar a la conclusión de que esta mujer no tendría derecho a la compensación ya que ella no eligió voluntariamente no trabajar (faltaría la exigencia de que ‘podía y quería’ de que habla la norma). En este caso, nuevamente los criterios del art. 62 pueden llevar al juez a determinar la existencia del menoscabo económico que autorizará la imposición de la compensación. [Más adelante agrega] A la inversa, en principio, también podría darse el caso, es decir, que concurriera el supuesto principal del art. 61, pero que el juez llegara a la conclusión de que no se da el menoscabo económico exigido sobre la base de adquisiciones a título gratuito y quizás debería pensarse que el análisis del elemento ‘situación patrimonial de los cónyuges’ podría llevar a descartar la compensación si el marido tiene menos bienes que la beneficiaria. [Corral concluyendo su apreciación señala a continuación] En consecuencia, lo relevante para que el juez pueda conceder el beneficio es la acreditación en el proceso de un menoscabo económico producido por el retiro del estatuto protector del matrimonio derivado del divorcio (o nulidad)”<sup>60</sup>.

Por su parte Jorge Baraona González, refiriéndose a la relación de los arts. 61 y 62.1° de la LMC, hace la siguiente reflexión: “Si el artículo 62 dispone que para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía se pueden fijar los criterios que allí propone, ello permite no sólo fijar su cuantía, sino algo más fuerte: determinar la existencia del menoscabo. Si expresa existencia del menoscabo, quiere decir que desde esos criterios u otros, va a surgir el menoscabo, lo que permitiría afirmar que el artículo 62 tiene autonomía para configurar el menoscabo económico. El profesor Hernán Corral ha planteado el tema desde el punto de vista de que él cree que hay autonomía, y su postura también encuentra amparo

---

<sup>60</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. 26,27,28 pp.

jurisprudencial. En el futuro, creo que esta doctrina se va a abrir paso, porque es más funcional a la finalidad briscada con la compensación económica”<sup>61</sup>.

Cabe hacer presente que la postura elaborada por Corral tiene una serie de ventajas y desventajas, antes de ser considerada como la interpretación más adecuada al efecto:

- a. Una Ventaja manifiesta de esta interpretación es, tal como lo indica Susan Turner, que el art. 62.1° de la LMC puede desplegar todos sus efectos a través de la serie de criterios heterogéneos que ella dispone. Es decir cada criterio podría indicar un menoscabo económico compensable al caso concreto. Otra ventaja, es que se podría reparar el menoscabo económico de la mujer que trabaja “cuanto quiere y puede”, como a su vez, el de la mujer que sin dedicarse al hogar común o al cuidado de los hijos, tenga derecho a la compensación económica igualmente, debido a una enfermedad física o psicológica incapacitante.

Sin embargo sobre la ventaja apuntada, el considerar como acreedora de una prestación a un cónyuge que no cumple con los supuestos del art. 61 de la LMC, ha sido resistido y desechado por Vidal y Pizarro, quienes arguyen “Sin embargo, para el caso en que el cónyuge sea incapaz de probar su dedicación, no habría razón de otorgarla, dado que ésta no cumple funciones de asistencia social, sino que está marcada por un trazo intenso de naturaleza patrimonial. La propuesta del profesor Hernán Corral pugna con su naturaleza y el propio artículo 61, que de manera imperativa exige del que le pide su dedicación al trabajo doméstico, la prueba del supuesto es perentoria con independencia de las características físicas o psicológicas del requirente. El desamparo es una tragedia, pero no se resuelve por vía de la compensación económica. En estos caso hubiera sido necesaria una cláusula de dureza, que impidiera la

---

<sup>61</sup> BARAHONA GONZÁLEZ, Jorge. Compensación económica en el divorcio. Análisis de los artículos 61 y 62 de la nueva ley de matrimonio civil. En: LEPIN MOLINA, Cristián y MUÑOZ VILLAGRA, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago. LegalPublishing: Thomson Reuters., 2013 pp. 399-417. 408 p.

declaración del divorcio, lo cual no fue acogido en la LMC o un estado de bienestar solidario”<sup>62</sup>.

Para Barcia, la enfermedad incapacitante de uno de los cónyuges no puede estar cubierta por la compensación económica, independientemente de no dedicarse al cuidado del hogar o de los hijos. De hecho, entenderlo de esta forma solo sería compatible con una naturaleza alimenticia que no sigue Corral de modo alguno. En este sentido, Barcia propone que en casos de enfermedades incapacitantes de uno de los cónyuges, exista la posibilidad de fijar una pensión de alimentos que sobreviva al divorcio o nulidad matrimonial.

- b. Susan Turner, también hace presente una desventaja de esta relación, señalando que puede traer consigo la reducción o anulación completa de la importancia del art. 61 de la LMC. Esta desventaja, es a todas luces relevante, pues implicaría una desestabilización del derecho a la compensación económica a consecuencia de anular al art. 61 de la LMC, que determina al legitimario activo de la acción.

### **2.3.5. Conclusión parcial.**

Más allá de optar por alguna de las tres visiones anteriormente señaladas, cabe destacar el esfuerzo que cada una de ellas ha hecho para entender la procedencia del menoscabo y por supuesto, de la compensación económica. Cada postura señalada tiene argumentos bien estructurados para entenderlas como las adecuadas, incluso todas tienen una aceptación jurisprudencial. De acuerdo con lo expresado por cada una de las visiones, creemos que la más adecuada es la de comprender al art. 61 de la LMC como presupuesto de la acción, definiendo al legitimario activo de la acción, pero que a su vez el menoscabo se debe necesariamente comprobar por las circunstancias del art. 62.1° de la LMC como

---

<sup>62</sup> Pizarro Wilson y Vidal Olivares. Op. Cit. 53-54 pp.

una forma de ratificar el menoscabo económico sufrido por el cónyuge acreedor. Sin perjuicio de lo anterior, a fin de evitar diversas interpretaciones debido a la desafortunada redacción de ambos preceptos, el camino ideal sería la modificación legal de parte de nuestros parlamentarios sobre los artículos en cuestión, para así darle una armonía unánime dentro de la doctrina y jurisprudencia.

#### **2.4. Art. 61 LMC: Causas concurrentes al menoscabo económico.**

Del artículo 61 de la LMC, se desprenden los requisitos que deben apreciarse junto al menoscabo económico para entregar el derecho a la prestación compensatoria. El art. referido reza lo siguiente:

*Art. 61 LMC:*

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

Del tenor literal de este artículo se coligen los siguientes requisitos, que de carácter copulativo, deben concurrir para dar lugar a la compensación económica:

1. Que uno de los cónyuges se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común;
2. Que, a consecuencia de lo anterior, dicho cónyuge no haya podido desarrollar una actividad lucrativa durante el matrimonio, o haberla desarrollado en menor medida de lo que podía y quería, y
3. Que, a consecuencia de lo anterior, se provoque un menoscabo económico a dicho cónyuge al declararse el divorcio o nulidad.

Sin perjuicio de mencionar estos requisitos a partir del art. 61, hay autores que agregan un cuarto requisito no señalado literalmente por dicho artículo: esto es que, *el menoscabo económico debe impedir relaciones equitativas al futuro*<sup>63</sup>, esto en el sentido que la compensación pretende reparar el efecto del menoscabo en el tiempo futuro ya disuelta la relación conyugal.

Por su parte, Susan Turner demuestra que la causa primitiva del menoscabo económico expresado por el art. 61 es el matrimonio, constituyendo ésta una condición sine qua non, de tal forma que sin el matrimonio, el acto dañoso jamás se produciría. La autora expresa su argumento, señalando que: “[...] el cónyuge beneficiario sufrió un menoscabo económico al decretarse el divorcio o la nulidad del matrimonio debido a que no pudo desarrollar actividad remunerada alguna durante este o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. A su vez, esta inactividad se produjo por haberse dedicado ese cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Suprimiendo el hecho del matrimonio, desaparece entonces la causa primitiva del menoscabo”<sup>64</sup>.

De conformidad a lo anteriormente señalado, podemos afirmar que por una parte el art. 61 nos delimita al legitimario activo de la acción compensatoria y, por otra parte, el menoscabo económico debe ser producido por causas concretas, por lo tanto no todo menoscabo es jurídicamente relevante. No cualquiera se compensa, sino aquel que se ajuste a los presupuestos de la disposición señalada anteriormente. Agregar además, que la comprobación del menoscabo efectivamente sufrido por el cónyuge requirente de la pretensión, lo debe realizar a través de los criterios expresados por el art. 62 u otros que considere el juez de familia, de los cuales se puede concluir si definitivamente hay o no un menoscabo que reparar para el demandante de la pretensión compensatoria. Esta comprensión se colige, salvo que consideremos la postura de Hernán Corral ya

---

<sup>63</sup> Nota explicativa N° 1: A esa conclusión han llegado las autoras Veloso Valenzuela, Paulina en “Algunas reflexiones sobre la Compensación Económica” y Gómez De la Torre Maricruz “La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil”.

<sup>64</sup> TURNER Saelzer. Op. Cit. 424 p.

que para este autor, basta la acreditación en el proceso de un menoscabo económico, que se puede hallar en el art. 62.1º y que por tanto, no está amarrado a la falta de actividad remunerada por dedicarse a las labores domésticas.

#### **2.4.1. Análisis de las causas concurrentes del menoscabo económico.**

Ambas causas que se desarrollaran a continuación, ya han sido mencionadas a partir del art. 61 de la LMC y son específicas a efecto del menoscabo económico a reparar, ya que en ellas debe existir una cierta correlación, pues la “Imposibilidad de desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberla realizado en menor medida de lo que quería y podía” no puede tener otra causa que no sea en “el cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común” (labores domésticas). De esta manera se distingue:

##### **a. “el cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común” (labores domésticas)**

Consideraremos a esta causa concurrente como “labores domésticas”, ya que así podemos encasillar a ambas labores desplegadas en el hogar. Si bien, hoy en día el dinamismo de la rutina exige que cada día los roles al interior del hogar sean cada vez más compartidos por los cónyuges, lo que se refleja, sobre todo, en parejas de profesionales jóvenes. Sin embargo, esta causa concurrente, implica que no debe existir esa equivalencia de roles por las partes, es decir, a uno le correspondió las labores domésticas y al otro la actividad lucrativa.

Dentro de los primeros aspectos a destacar de esta causa, es el hecho que el legislador empleó la conjunción disyuntiva “o” para referirse a las labores domésticas. Entonces, el cónyuge acreedor de la compensación, puede haber desarrollado el cuidado de los hijos y no las labores del hogar común o bien, viceversa en el caso que no tuviesen hijos, el cónyuge beneficiario, solo se dedicó a las labores propias del hogar común. Además, hacer presente que el legislador contemplo a ambas labores. Debido a lo anterior, el legislador contempla estas dos situaciones por cuanto el trabajo en el hogar no genera ingresos per se, a

diferencia de lo que ocurre con cualquier actividad remunerada o lucrativa que se hubiera podido desarrollar [...] <sup>65</sup>.

Otra característica de esta causa es que el legislador no considera la voluntad del cónyuge demandante de la compensación económica, para cumplir este requisito. Por lo tanto es indiferente para la ley si en este caso hubo una opción personal o no, para dedicarse a tales labores. Es importante agregar dentro de la característica, que si exigiéramos el elemento voluntad dentro de esta causa, sería muy difícil de probar por parte del cónyuge acreedor y también al juez de calificar esta circunstancia.

En cuanto al cuidado de los hijos, la norma no distingue si se debe tratar de hijos comunes de la relación matrimonial o bien pueda ser de los hijos de uno de los cónyuges. Para Susan Turner, basándose en el derecho alemán, señala que bastará que se trate de un niño al cual se tiene decretado su cuidado personal. No obstante, creemos lógico aplicar acá el adagio jurídico “donde la ley no distingue, no le toca al interprete distinguir”, por tanto, la ley al no dar especificación alguna, consideramos que pueda tratarse indistintamente de hijos comunes o no de la relación matrimonial.

Por último, con respecto a las labores en el hogar común, es menester hacer la siguiente pregunta: ¿es necesario que dichas labores hayan sido realizadas directamente por el cónyuge beneficiario o bien se puede aceptar una realización indirecta de tales labores? En este caso, la doctrina nacional está de acuerdo que pueda incluirse dentro de esta causa concurrente a aquel de los cónyuges que desplegó de manera indirecta estas labores, como por ejemplo con la ayuda de asesoras del hogar o jardineros que puedan ayudar en el patio del hogar, entre otros. En este caso, igualmente el cónyuge beneficiario está preocupado, ya que de esta forma igualmente administra o supervisa el mantenimiento y cuidado de tales labores. Sin embargo, claramente en uno u otro caso, el grado de

---

<sup>65</sup> Acuña San Martín, Marcela. Efectos jurídicos del divorcio. Santiago de Chile. Legal Publishing, Abeledo Perrot: Thomson Reuters. 2011. 307 p.

menoscabo causado será mayor o menor dependiendo de la forma en que se desplegó la realización de tales labores.

**b. Imposibilidad de desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberla realizado en menor medida de lo que quería y podía.**

Esta causa concurrente, es específica, puesto que debe ser consecuencia necesaria de las labores domésticas desarrolladas por el cónyuge acreedor de la prestación. Esta será la causa definitiva que detona al elemento central de la compensación económica: *el menoscabo*, ya que generará el empobrecimiento arrastrado en el tiempo para el cónyuge beneficiario que quedará al descubierto en el momento de la disolución matrimonial.

Dentro de los aspectos relevantes de esta causa, podemos señalar los siguientes:

Por actividad remunerada o lucrativa, debemos entender –de acuerdo al sentido natural y obvio de las mismas palabras- todo aquello que genera ganancia para quien las emplea, es decir, el desarrollo de este tipo de actividades impactan positivamente en el patrimonio del cónyuge que las realiza. Por lo tanto, al ser un desarrollo material el que se protege con esta causa, quedan excluidos todos otros tipos de realizaciones como por ejemplo espirituales, artísticas u otras diversas.

La actividad remunerada a la que fue impedida de desarrollar la cónyuge, se debe desplegar a través de un trabajo, con caracteres de subordinación y dependencia o bien, de manera independiente fruto de las profesiones liberales.

En cuanto a la imposibilidad de desarrollar actividades remuneradas de parte del cónyuge beneficiario, puede ser total o parcial. Es decir, el legislador no solo protege al cónyuge que no desarrolló actividades remuneradas, debido a su dedicación exclusiva y preferente de las labores domésticas, sino también al cónyuge que trabaja y a la vez se dedica a las labores domésticas, puesto que igualmente sufre menoscabo económico debido a que la actividad remunerada la desarrolla en menor medida por haber mediado dichas labores domésticas.

La imposibilidad parcial, es un aspecto favorable reconocido por el legislador, ya que, puede suceder que el cónyuge acreedor, no obstante haber realizado actividad remunerada igualmente se preocupó de los hijos o del hogar familiar. En la sociedad chilena este supuesto es recurrente tratándose de un matrimonio de profesionales en que en uno de ellos opta por trabajar en forma intensa y el otro, normalmente la mujer, asume un compromiso laboral de medio tiempo para administrar las cuestiones del hogar y la organización de actividades y atenciones de los hijos<sup>66</sup>. Obviamente que, el grado del menoscabo será menor al que se ocasionaría si se tratara de una imposibilidad absoluta.

Otro de los aspectos relevantes y discutidos al interior de la doctrina, es la frase empleada por la LMC en el art. 61, esto es: “...o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería...”, acá al emplearse la conjunción copulativa “y”, se infiere que la ley exige la concurrencia de ambos requisitos a la vez, es decir, en esta frase el legislador combina dos tipos de elementos uno el objetivo (podía) y otro subjetivo (quería). Por lo tanto, no basta con acreditar la sola voluntad o disposición de desarrollar una actividad remunerada, sino además, formar la convicción suficiente al juez de familia de que se tienen las aptitudes necesarias para dicha actividad de parte del cónyuge demandante.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, surgen críticas por la desafortunada redacción de la expresión utilizada en el art. 61 de la LMC, ya que puede suceder que algunos casos solo exista el “podía” o en otros solo el “quería”. Es evidente que la frase requiere algún tipo de modificación por parte de nuestros legisladores, para no llevar a errores o malos entendidos. De todas formas, mientras perdure esta lamentable expresión del art. 61 tal y como está, se debe aplicar la regla de interpretación expresada en la primera parte del *art 23 del C.C.*: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”, además, en último caso los tribunales deben fallar siempre protegiendo al cónyuge más débil de la relación como se expresa en el art. 3° de la LMC.

---

<sup>66</sup> PIZARRO Wilson y VIDAL Olivares. Op. Cit. 53 p.

Por último, en cuanto a la temporalidad de la imposibilidad sobre la actividad lucrativa, puede haberse extendido por todo el tiempo de duración del matrimonio o bien, solo por un periodo específico de la relación conyugal (por ejemplo se puede amparar a la mujer que se encuentra en periodo de lactancia con su hijo). Sin perjuicio que, los grados de menoscabo que se manifiesten serán en uno u otro caso mayor o menor.

Para terminar el análisis sobre los requisitos de procedencia de la compensación, hago presente la conclusión de la profesora Marcela Acuña: “En suma, si bien el menoscabo económico es el núcleo central de la compensación, no basta haber sufrido un menoscabo económico por uno de los cónyuges, sino que éste debe haberse producido, necesariamente, como consecuencia de la imposibilidad de desarrollo de actividad remunerada o lucrativa y esta “inactividad” lucrativa, no puede haber tenido otra causa que la de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común, todo ello, como claramente deja dicho la norma, durante la vigencia del matrimonio y no en fecha posterior”<sup>67</sup>.

## **2.5. Momentos en que puede verificarse el menoscabo económico<sup>68</sup>.**

Otro aspecto conflictivo que gira alrededor del menoscabo económico es el momento de valoración de este, vale decir, ¿A qué momento se debe estar el magistrado de familia? ¿Al momento en que se verifica la ruptura de la vida en común o al momento en que se declara la sentencia firme de divorcio o nulidad?.

Este punto acerca de la temporalidad del menoscabo económico no ha sido regulado por la LMC, lo cual puede traer una serie de inconvenientes –las cuales Susan Turner, en un primer momento las ha manifestado-, tales como: casos en que el divorcio va precedido de un lapso de cese de convivencia entre los cónyuges o cuando en el tiempo intermedio entre la ruptura de la vida en común y la sentencia de divorcio o nulidad, cambian las condiciones de uno y otro cónyuge, y que tales condiciones influyan en el menoscabo económico de conformidad a las

---

<sup>67</sup> ACUÑA San Martín, Marcela. Op. Cit. 311 p.

<sup>68</sup> Lo señalado en este punto Cfr. Con el capítulo tercero, punto 3.2.3, letra a).

reglas del art. 61 y 62 de la LMC. De esta forma, Turner Saelzer ha tomado en cuenta la legislación comparada al respecto, como forma de referencia a este vacío legal: “En España se ha planteado que las circunstancias posteriores a la ruptura y anteriores al divorcio sólo se consideran si tienen relación de causalidad directa con el matrimonio anterior. En Alemania, y en el contexto de fijar la época en que han de medirse las condiciones de vida del matrimonio como parámetro de los alimentos, según el 1578, inciso 1º, primera frase, la jurisprudencia se ha inclinado por el momento de la ejecutoriedad de la sentencia de divorcio y, por ende, ha incluido dentro de la apreciación los cambios patrimoniales posteriores a la separación, a menos que ellos respondan a una nueva evolución inesperada que se aleje manifiestamente del rumbo normal de los acontecimientos”<sup>69</sup>.

En la doctrina nacional, Carlos Céspedes Muñoz, plantea como adecuado considerar el tiempo de cese efectivo de la convivencia y no la fecha de la sentencia de divorcio, “Así las cosas, como principio, los hechos posteriores al cese efectivo de la convivencia no deberían tomarse en consideración para los efectos de determinar el menoscabo económico y fijar la cuantía de la compensación, ya que la comunidad de vida que supone el matrimonio habrá terminado por ese hecho. Es precisamente esa comunidad de vida –que impone decisiones y opciones personales de los cónyuges-, la que justifica que uno de ellos, en beneficio de la familia común, decida dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos. [En otra parte de su trabajo, Céspedes ratifica su conclusión como la solución adecuada a la imprecisión temporal] Creemos que esta es la solución correcta, pues los sucesos posteriores al término de la vida conyugal no deben influir en la determinación del menoscabo económico. Pensemos que el cónyuge más débil obtenga un premio millonario luego del cese efectivo de la convivencia: ¿significará que no tiene derecho a demandar la compensación? O, a la inversa, el cónyuge deudor fue el que aumentó su fortuna por la misma vía: ¿debe pagar una

---

<sup>69</sup> TURNER SAELZER, Susan, Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. Rev. Derecho (Valdivia) [online]. 2004, vol.16 [citado 6 de agosto 2014], pp. 83-104. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_sarttext&pid=S0718-09502004000100004&Ing=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_sarttext&pid=S0718-09502004000100004&Ing=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000100004>. 9 p.

suma mayor por concepto de compensación económica? Sostenemos que la respuesta negativa es la que debe imponerse en ambos supuestos”<sup>70</sup>.

## **2.6. Relación entre menoscabo y régimen de bienes.**

Con relación a este punto surgen las siguientes preguntas: ¿Es posible que desaparezca el menoscabo económico gracias a la liquidación de un régimen matrimonial? o formulada la pregunta de distinta manera, ¿Es un factor determinante el régimen de bienes que exista en el matrimonio para conceder la compensación económica?.

Ante estas interrogantes, debemos precisar que los regímenes patrimoniales actualmente vigentes en Chile son: separación total de bienes, participación en los gananciales y sociedad conyugal. Tal como lo estima la doctrina nacional, obviamente que el problema se plantea con respecto al régimen de sociedad conyugal y el de participación en los gananciales. Puesto que, en ambos regímenes –a diferencia del de separación de bienes- al liquidarse éstos, pueden influir en la disminución del menoscabo económico y juntamente con ello, en la cuantía y procedencia de la compensación económica a la que puede llegar a obtener el cónyuge beneficiario de la prestación, debido a la repartición de los gananciales que derivan de aquellos regímenes patrimoniales. Por lo tanto, cuando los cónyuges se encuentran bajo el régimen de separación total de bienes, acá no se presenta esta disyuntiva, pues prevalecen netamente las reglas establecidas en la LMC para la compensación económica. Entendiendo esta situación desde otra perspectiva, el problema surge no con la liquidación propiamente del régimen patrimonial, sino cuando de esa liquidación hay gananciales que repartir y éstos puedan influir en la procedencia de la compensación económica y su quantum. Este problema, nace a propósito de uno de los criterios establecidos en el art 62.1° de la LMC en lo que dice relación con la situación patrimonial de ambos cónyuges.

---

<sup>70</sup> CÉSPEDES Muñoz. Op. Cit. 100 p.

Bajo este contexto, encontramos distintas posiciones doctrinales frente a la relación existente entre la liquidación del régimen patrimonial y la procedencia de la compensación económica. En este sentido, Barcia y Riveros, resumen en tres las posturas sobre este punto. Así para gran parte de la doctrina nacional, entiende que la compensación económica es independiente del régimen patrimonial del matrimonio; otros en cambio, entienden que la compensación económica no procedería de haber sociedad conyugal o participación en los gananciales (postura que fue sostenida en algún momento por Rodríguez Grez); por último, estos autores, señalan que existe una tercera postura elaborada por Segura Riveiro<sup>71</sup>, en la cual consiste que el juez debe evaluar si el monto a enterar por los gananciales, en atención a las reglas que regulan la compensación económica, la excluye.

En cuanto al antecedente histórico de la ley, distintos autores han señalado que la institución en cuestión, es independiente del régimen patrimonial. Es decir, no hay incompatibilidad entre ambos institutos. Orrego y González Castillo, así lo consideran.

Barcia, considera que los autores como Pizarro, Vidal, Turner y Gómez de la Torre, son de la idea de que la liquidación del régimen patrimonial no influye en la procedencia de la compensación económica.

Domínguez H, considera independiente a la compensación económica del tipo de régimen patrimonial, esto lo concluye de un análisis propio de la ley y considerando al menoscabo económico como costo de oportunidad laboral. En este sentido reflexiona: “Agreguemos que la ley no lo vincula de forma directa en alguna parte al tipo de régimen. No lo hace, porque sería un error hacerlo. Aunque el cónyuge lleve parte de sus gananciales al término del matrimonio con ello no se resarce estrictamente el menoscabo que la prestación quiere compensar: la pérdida o disminución de su costo de oportunidad laboral. Aunque ella reciba

---

<sup>71</sup> Nota Referencial n° 2: Barcia Lehmann, sostiene que la posición de dicho autor, es una nueva postura frente a este tema. Sin embargo Joel González, asegura que la opinión de Segura Riveiro, está dentro de aquellos que tienen en cuenta el resultado de los gananciales y la procedencia de la compensación económica. 72 p.

bienes, eso no la posiciona para entrar al mercado laboral porque ello depende de su competencia, de sus capacidades, de su experiencia, etc., las que por efecto de haberse dedicado al cuidado del hogar y de los hijos, en la mayor parte de los casos, o no existen o están claramente mermadas frente a sus eventuales competidores que sí han permanecido en el mercado laboral y, en particular, en relación a su cónyuge que sí pudo hacerlo. De este modo, la desigualdad que se quiere, aunque por aproximación suprimir, existe igualmente, con o sin bienes, por las razones expuestas.”<sup>72</sup>.

Por otra parte, podemos agregar que autores como Acuña San Martín, González Castillo, Veloso, Tapia, Orrego, Abeliuk y Ramos Pazos. Para estos, si bien las instituciones en estudio son diferentes, pero igualmente se deben considerar los resultados de la liquidación del régimen matrimonial, porque de esta forma puede influir en la determinación del menoscabo económico y el quantum de la prestación. En esa línea Tapia, si bien no alude expresamente a una independencia entre el régimen patrimonial y la institución en estudio, considera que los resultados de la liquidación del régimen son importantes para el cálculo de la compensación económica. Este autor, inclusive, hace referencia al régimen de separación de bienes, en el cual se puede acentuar la situación de indefensión de uno de los cónyuges.

Para Hernán Corral, solo una parte de los perjuicios sufridos por el cónyuge débil pueden verse compensados con la liquidación del régimen. “[...] (en ese sentido pueden compensar la falta de ingresos por no haber obtenido una actividad lucrativa propia). Pero el costo de la oportunidad laboral, la pérdida del derecho de alimentos, del sistema de salud, de una pensión de sobrevivencia, no quedarán suficientemente compensados por la distribución de los gananciales, por lo que deberán computarse aparte”<sup>73</sup>.

No obstante a las tendencias anteriores, Barcia plantea una nueva mirada sobre este tema, el cual lo desarrolla en un trabajo propio y posteriormente lo reafirma

---

<sup>72</sup> DOMÍNGUEZ Hidalgo. Op. Cit. 80 p.

<sup>73</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. 32 p.

en otra publicación junto a Riveros. Esta mirada comienza desde el análisis particular de los patrimonios de ambos cónyuges. Aunque de igual forma, reconoce que los gananciales a repartir los debe tomar en cuenta el juez y consigo, ello puede influir en la delimitación del menoscabo económico sufrido por el cónyuge beneficiario. Así, entonces la abordan: “[...] La compensación económica exige una correlación entre enriquecimiento –producto del apoyo del cónyuge beneficiario- y el empobrecimiento o exclusión de los beneficios del cónyuge beneficiario, que se diferencia con el empobrecimiento sin causa. La compensación económica exige una comparación de pasivos y activos, es decir, lo que se correlaciona es la situación patrimonial (activo menos pasivo) de cada uno de los cónyuges. Esto último no acontece en el enriquecimiento sin causa en que lo que se comparan son activos. Ello se desprende de los factores que determinan la evaluación de la compensación. De esta forma, el artículo 62.1° de la LMC indica, dentro de los factores que determinan el importe en la compensación económica, ‘la situación patrimonial de ambos’ cónyuges. Pero en caso de existir gananciales el juez está obligado a compensar los patrimonios entre los cónyuges, tomándolos en cuenta, lo que deja poco margen para que opere la compensación económica, ya que el beneficio de lo obtenido durante el matrimonio se repartirá en los gananciales. Sin embargo, igualmente procederá la compensación económica en la medida que tenga un sustento netamente asistencial por cuanto en eso casos la compensación económica no atiende estrictamente al patrimonio de los cónyuges, sino que a las necesidades del cónyuge beneficiario, pero considerando la situación del patrimonio del cónyuge deudor. En este sentido, somos de la opinión que la compensación económica en este supuesto se aplica de una forma muy similar a los alimentos”<sup>74</sup>.

En cuanto a Rodríguez Grez, en un primer momento, señaló que de haber gananciales que repartir en el régimen patrimonial, no tendría cabida la intervención de la compensación económica. En este mismo sentido, se encuentra Gustavo Cuevas. Domínguez Águila, aludiendo a la posición planteada por Rodríguez Grez, señala que la ley no impide al respecto que la compensación

---

<sup>74</sup> BARCIA Lehmann y RIVEROS Ferrada. Op. Cit. 269 p.

económica intervenga sin importar el régimen de patrimonial que exista. Aunque, reconoce la dificultad para que proceda la compensación económica luego de la liquidación del régimen patrimonial. En este sentido reflexiona: “[...] En la inmensa mayoría de los casos, la casi totalidad de los bienes existentes al término del régimen serán gananciales y como ellos se reparten por igual entre ambos cónyuges, no se observa cómo podría otorgarse compensación, si al hacerlo se desequilibraría la situación igualitaria para el cónyuge que debería pagarla. Serán casos excepcionales en que el demandado tenía cuantiosos bienes propios y existan mínimos gananciales en que podría otorgarse la compensación o bien aquellos en que, en definitiva, no existan bienes que dividir, a pesar de lo cual el marido mantiene facultades laborales que su mujer ha perdido por haberse dedicado a los hijo o al hogar. [Domínguez Á. a continuación agrega] Por otra parte, si durante el matrimonio la mujer que se dedicó al hogar o a los hijos obtuvo del marido para su propio patrimonio bienes en propiedad, aunque existiera separación de bienes, si esos son importantes, atendiendo el patrimonio del marido, tampoco se justifica la compensación económica.”<sup>75</sup>. Por su parte Domínguez Hidalgo, manifiesta que si la compensación económica dependiera de la existencia de la sociedad conyugal, se le restaría importancia a esta institución, pues el 60% de los matrimonios en nuestro país, se encuentran bajo el régimen de sociedad conyugal.

No obstante a lo anterior, Rodríguez Grez en un último trabajo, reconoce que si bien los gananciales del régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales pueden influir al equilibrio patrimonial de los cónyuges, este no descarta en absoluto que el cónyuge acreedor tenga derecho a la compensación económica en el caso que aún persista un desequilibrio patrimonial entre ambos. A este respecto arguye: “Si el régimen de bienes que regula los intereses de los cónyuges en el matrimonio implica, en alguna medida, cualquiera sea ella, compartir los bienes que se adquieren durante la vida en común, la diferencia (desequilibrio) que la ley procura corregir será menor o desaparecerá y, por ende, lo mismo ocurrirá con el monto o la existencia de la compensación. Es indudable

---

<sup>75</sup> DOMÍNGUEZ Águila. Op. Cit. 216-217 pp.

que si todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio inciden equilibradamente en la situación patrimonial de los cónyuges, aquel que se ha dedicado a las tareas del hogar y el cuidado de los hijos se verá escasamente perjudicado por la pérdida patrimonial que ello le acarrea. Sin embargo, no puede rechazarse de plano la posibilidad de que, no obstante la comunidad de bienes o el derecho a un crédito de participación, exista un desequilibrio que deba compensarse en el caso de nulidad de matrimonio o divorcio. En conclusión, el régimen de bienes en el matrimonio no sirve de fundamento para reclamar o excluir el derecho a compensación, pero tiene incidencia en 'la situación patrimonial' de los cónyuges, que es uno de los elementos que debe considerar el tribunal para la determinación del monto de la compensación"<sup>76</sup>.

Por último agregar, si tomamos en cuenta los resultados de la liquidación del régimen patrimonial imperante en el matrimonio, debemos considerar que si bien el juez de familia tiene competencia para proceder con la liquidación del régimen patrimonial, esta no es su obligación. De tal forma, que para proceder el magistrado con la liquidación del régimen, es necesario que los cónyuges se lo hayan solicitado en el procedimiento de nulidad o divorcio respectivo y la prueba aportada sea suficiente para esos efectos. Dicho de otra manera, si los cónyuges no solicitan la liquidación del régimen o si la prueba ofrecida es insuficiente, el juez no podrá proceder con tal liquidación. En consecuencia, cuando no se realiza la liquidación del régimen con anterioridad a la resolución sobre la compensación económica, será necesario que el juez de familia de la causa considere imaginariamente y en toda su amplitud, el patrimonio de ambos cónyuges con sus resultados respectivos de la liquidación de gananciales en cuestión. De este pensamiento es Veloso, Acuña San Martín y en último trabajo conjunto, Pizarro y Vidal.

---

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ Grez. Op. Cit. 397-398 pp.

## 2.7. Prueba del menoscabo económico y de sus causas concurrentes.

Sobre este punto, cabe advertir que la LMC no entrega una regla expresa al respecto, para determinar sobre quién recae la carga de acreditar los elementos constitutivos de la compensación económica. Sin perjuicio de ello, el art. 1698 del C.C. entrega la regla general de prueba (*onus probandi*) y que establece: “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas*”. En efecto, de acuerdo a la disposición señalada precedentemente, se colige que, si la parte demandante pretende generar una obligación en la parte demandada, tendrá la carga de acreditar cada uno de los elementos constitutivos de la compensación económica, que están señalados de ante mano en el art. 61 de la LMC. No resulta poco relevante detallar la carga de la prueba en la compensación económica, pues, al ser un beneficio para uno de los cónyuges, se puede eventualmente utilizar por uno de ellos como instrumento de chantaje o extorsión para obtener el divorcio sobre el otro cónyuge. En esa línea lo plantea Tapia: “[...] debe rechazarse de plano cualquier solicitud formulada en abstracto, sin fundamentos en hechos debidamente acreditados en el juicio. La compensación no procede en todos los divorcios o nulidades, sino sólo cuando se comprueba que concurren las condiciones legales”<sup>77</sup>.

Con respecto a la presunción que se pueda generar en alguno de los elementos constitutivos de la compensación económica, debe afirmarse como lo señalan Vidal y Pizarro que: “[...] no concurre ninguna regla que así lo determine. Esto no implica la exclusión de la prueba por medio de presunciones en conformidad a las reglas generales. Es decir, nada impide al requirente acreditar su pretensión por medio de presunciones que deberá valorar el juez de la causa”<sup>78</sup>.

Por último, en cuanto al tipo o clase de prueba y su valorización, estos dos elementos están determinados por la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de familia. Sobre estos aspectos, existe libertad de prueba para acreditar los hechos

---

<sup>77</sup> TAPIA Rodríguez, Mauricio. Op. cit. 2 p.

<sup>78</sup> PIZARRO Wilson y VIDAL Olivares. Op. Cit. 130 p.

del proceso (art. 28) y su valoración será apreciada por los magistrados de familia de conformidad a las reglas de la sana crítica (art. 32).

## CAPÍTULO TERCERO.

### QUANTUM DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.

#### 3.1. Formas de determinar la compensación económica.

Los arts. 63 y 64 de la LMC, expresan las maneras de determinar la compensación económica. De esta manera, en un primer momento, se le entrega la posibilidad a las partes de poder regular la procedencia de la prestación y su cuantía. En el caso que no prospere dicha regulación, quedará entregada a la determinación judicial. En la medida que se cumplan con las reglas que la LMC establece para tal efecto.

##### 3.1.1. Convencional.

Tal como se indicaba anteriormente, en un primer momento, el legislador le entregó la posibilidad a los mismos cónyuges de regular –de mutuo acuerdo- la procedencia de la compensación económica, su monto y forma de pago, tal como reza el art. 63 de la LMC: *“La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal”*. En efecto, dentro de esta primera determinación de la compensación económica, prima la autonomía de voluntad de las partes. Para Tapia, la regulación convencional de la compensación económica, es el camino óptimo al que pueden llegar las partes, pues estos, “[...] son quienes se encuentran en la mejor posición para evaluar su situación, para explorar las causas de su fracaso y cerrar con discreción un acuerdo que resuelva sus últimas querellas. Son ellos quienes pueden llegar a los acuerdos personales (respecto de los hijos) y patrimoniales más apropiados al modelo de relación que tuvieron [...]”<sup>79</sup>. En un sentido similar lo piensa Paulina Veloso, quién toma en cuenta la experiencia de la legislación comparada en materia de familia y

---

<sup>79</sup> TAPIA Rodríguez. Op. Cit. p 5.

entendiendo a la compensación como un asunto patrimonial, ya que éstos son los que se encuentran en mejor posición para resolver sus conflictos. El profesor Corral también hace presente las ventajas que reviste el acuerdo convencional: “Por una parte, esto tiene la ventaja de que se prescinde de la intervención de un tercero ajeno a la concreta relación conyugal y que son las partes las que se resuelven con mejor conocimiento de sus circunstancias y su posición. Es por ello que la ley ha previsto instancias de conciliación y de mediación, donde una de las cuestiones importantes a convenir será la de la compensación económica. [...]”<sup>80</sup>.

Sobre el acuerdo a que pueden llegar las partes, Acuña San Martín, señala que la ley no entrega parámetros o criterios acerca del contenido del acuerdo. Inclusive, las partes pueden llegar a acordar la compensación económica, aun cuando, no se cumplan cabalmente los presupuestos copulativos del menoscabo económico. A este respecto arguye: “[...] El problema práctico que este asunto podría acarrear dice relación con la no efectiva protección del cónyuge más débil en tanto el acuerdo no le permite resarcir el menoscabo, lo que se salva en la medida que el juez de familia tenga claro su rol y haga uso de sus facultades cautelares en la materia.”<sup>81</sup>.

En cuanto al momento en que los cónyuges pueden determinar convencionalmente la prestación, existen ciertos aspectos que son menester destacar, a saber:

Hay alguna doctrina que estima que la compensación económica puede ser acordada en cualquier tiempo, incluso antes de la celebración del propio matrimonio. En ese sentido, para Vidal, el acuerdo convencional respecto a la compensación económica, puede ser elaborado en cualquier momento, incluso antes de la celebración del matrimonio, de este modo manifiesta: “[...] El pacto, en consecuencia, podría tener lugar en cualquier momento, incluso antes del matrimonio en una capitulación matrimonial, en la convención matrimonial del artículo 1723 del Código Civil o en cualquiera otra escritura pública otorgada por

---

<sup>80</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. 35 p.

<sup>81</sup> ACUÑA San Martín. Op. Cit. p 315.

los cónyuges; acuerdo que, en todo caso, requerirá de aprobación judicial según el artículo 63 de la LMC, aprobación que, a mi modo de ver, deberá producirse necesariamente dentro del juicio de divorcio o nulidad. La aprobación debe ser actual<sup>82</sup>. No obstante a esta visión, para Acuña San Martín, el hecho de que los cónyuges pudiesen regular la compensación en una capitulación matrimonial, no es correcto, pues en tal caso, se trataría de una indemnización por ruptura y no de una compensación económica propiamente tal, de esta forma expresa: “[...] en nuestra opinión, se tratará de otro tipo de indemnización, por ej., por la ruptura, pero no del derecho de compensación que tiene la finalidad y fundamento bastante definidos y que, por tanto, no puede dimensionarse antes de la vida conyugal [...]”<sup>83</sup>. Para Domínguez H., en tanto, reconoce que la ley no regula este aspecto, y que en efecto, se podría estipular –en principio- en una capitulación matrimonial, respetando sobre todo al art. 1717 del C.C. sin embargo, en definitiva, estima que solo se podría estipular una prestación “tipo” compensatoria, en el caso de término de matrimonio y que no implique una renuncia anticipada de reclamar la compensación regulada por ley. Refiriéndose sobre este aspecto, Corral expone que la compensación económica no puede ser regulada en una capitulación matrimonial –ya que dañaría el derecho que la ley fija a los cónyuges en el 1717 C.C., ni tampoco en una convención matrimonial, en el caso de una eventual ruptura matrimonial.

No obstante lo anterior, lo normal es que el acuerdo convencional a que puedan llegar los antiguos cónyuges, sea al tiempo de la ruptura matrimonial, sea por divorcio o nulidad matrimonial, ya que en ese momento se presenta el menoscabo económico que se pretende compensar en virtud de la institución en estudio. De acuerdo con esto, se debe distinguir:

- a. Si se trata de un acuerdo extrajudicial: los cónyuges, pueden llegar a un acuerdo sobre la prestación, una vez verificada la ruptura matrimonial antes de iniciar el proceso judicial. En cuyo caso, dicho acuerdo convencional, debe

---

<sup>82</sup> VIDAL Olivares. Op. Cit. p. 70.

<sup>83</sup> ACUÑA San Martín. Op. Cit. p 315.

constar por escritura pública para ser sometido posteriormente a la aprobación judicial. Vidal, sostiene que dicha aprobación la debe efectuar el mismo juez que conoce del divorcio o nulidad. En el caso de que se trate de un Divorcio de mutuo acuerdo, la determinación de la prestación debe ser convencional e integra el acuerdo o convenio regulador que establece el art. 55 de la LMC. Tratándose del divorcio culpable y el divorcio remedio, también cabe la posibilidad que las partes puedan acordar convencionalmente la compensación económica de manera extrajudicial. Así mismo sucede con la nulidad matrimonial.

- b. Si se trata de un acuerdo judicial: perfectamente existe la posibilidad de que los cónyuges lleguen a un acuerdo, mientras se encuentra en tramitación el procedimiento de divorcio o nulidad. Este acuerdo, lo pueden celebrar los cónyuges en cualquier estado del juicio. En este caso el acuerdo constará en un acta de avenimiento. Acuña San Martín, señala que el acuerdo dentro del procedimiento se podría dar cuando uno de los cónyuges se allana a lo pedido por la otra, o bien, cuando ambas partes se ponen de acuerdo en la etapa de conciliación. En el procedimiento de nulidad, también puede acordarse, mediante acta de avenimiento.

Así mismo, el art. 63 referido, prescribe los requisitos para la validez y eficacia del acto, que deben cumplir las partes para llegar a tal acuerdo: Ser ambos mayores de edad; que dicho acuerdo conste en escritura pública o acta de avenimiento; y, que este acuerdo que consta por escritura pública o acta de avenimiento, sea sometido a la aprobación judicial. De los requisitos exigidos por el art. 63 de la LMC, se coligen ciertas características:

- a. Son requisitos de carácter copulativo, de tal manera que, se deben cumplir todos para lograr el acuerdo convencional sobre la prestación. En efecto, si se diera el caso en que uno de los cónyuges fuera menor de edad, el acuerdo convencional no se podría concretar en definitiva. En cuanto a la imposibilidad de que un cónyuge menor de edad celebre el acuerdo, para Acuña es un claro

intento de la LMC en orden a proteger al cónyuge más débil y no se vea vulnerado en su derecho a compensación.

- b. Es un acto solemne, en su caso debe constar por escritura pública o acta de avenimiento, cuya aprobación debe ser judicial. En este sentido, Barahona cree que el acto jurídico está envuelto en una cierta complejidad, ya que: [...] Porque, si bien es cierto nace como un acuerdo de los cónyuges, sin embargo, debe ser aprobado judicialmente. Por lo tanto, la eficacia jurídica del acto, me atrevería a decir, está sujeta a una condición. ¿Cuál es? Que se apruebe, en definitiva, judicialmente por sentencia”<sup>84</sup>.

El mismo precepto (art. 63 LMC), establece genéricamente que el contenido del acuerdo, debe versar sobre el monto y forma de pago de la compensación, sin entrar en mayores detalles, ni señalando algún límite al respecto. Sin perjuicio de ello, Domínguez H. manifiesta que a este pacto, se le hace aplicable el art. 21 de la LMC sobre otros acuerdos. Argumenta: “La ley no establece límite expreso, pero no hay duda de que el establecido en el art 21 para otros convenios es plenamente aplicable: el respeto a los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables [...]”<sup>85</sup>. En este sentido los cónyuges pueden libremente acordar el monto de la compensación y su forma de pago, que puede constar en una cifra única, dividida en cuotas, o transferir determinados bienes en propiedad o usufructo.

Por último, cabe mencionar las facultades que tiene el juez en el pacto celebrado por los cónyuges. Sobre este aspecto, existen distintas posiciones doctrinales. Una es aquella seguida por Paulina Veloso, para quién el juez debe –sin más- aprobar íntegramente el acuerdo sobre compensación económica, teniendo en cuenta de que se trata de un derecho renunciabile.

---

<sup>84</sup> BARAONA González. Op. Cit. p.413.

<sup>85</sup> DOMÍNGUEZ Hidalgo. Op. Cit. pp. 71-72.

Una segunda postura, es aquella que reconoce la facultad del juez en el pacto convencional, pero solo a efecto de verificar si este adolece de vicios. En ese contexto Tapia, señala que la intervención del juez debe ser tomado como mecanismo correctivo de los vicios que pudieran existir en tales acuerdos. Dentro de la misma línea se encuentra González Castillo, quien señala que el juez solo debe efectuar un control de validez y no un control de méritos sobre el acuerdo convencional, al respecto desarrolla, “[...] Si no ha habido algún vicio que lo afecte, no se ve motivo por el cual un tercero –juez- ha de entrar a revisar si es justo y racional un pacto libremente alcanzado por dos personas adultas que son las primeras que velarán sin duda por la protección de sus propios intereses. Son muchos los factores, y de la más diversa índole, los que pueden llevar a un matrimonio que enfrenta un divorcio a acordar determinada suma por concepto de compensación y no otra. Ellos no tienen por qué dar explicación pública en un tribunal –insistimos siempre que no haya vicios- de las razones que los llevaron a alcanzar tal acuerdo, eso pertenece su esfera más íntima y como tal debe ser respetado”<sup>86</sup>.

Para otros, en cambio, la intervención del juez sobre el acuerdo logrado por los cónyuges es esencial, sobre todo por los principios que se envuelven en los procedimientos de familia. En efecto, se le reconoce amplias atribuciones sobre los pactos. Dentro de esta vertiente se encuentra Domínguez H., para quien el juez de familia, tiene facultad de control en dicho convenio por aplicación del art. 63, arguyendo: “En ejercicio de esa facultad, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 que lo mandata a resolver las *‘materias de familia reguladas por esta ley... cuidando proteger siempre el interés del cónyuge más débil’* puede revisar íntegramente el convenio, en términos que si efectivamente quiere dejar mejor posicionado al cónyuge más débil, aumentando la prestación acordada, tendría fundamento para hacerlo. Todo ello, con mayor razón aún, si se tiene presente que esta es la figura con la que en esta ley, por esencia, se le quiere proteger”<sup>87</sup>. En esa misma línea argumental, se encuentra Baraona quien entiende que el juez

---

<sup>86</sup> GONZÁLEZ Castillo. Op. cit. p. 99.

<sup>87</sup> DOMÍNGUEZ Hidalgo. Op. Cit. p. 72.

pueda rechazar un pacto convencional, en virtud del cónyuge más débil o interés superior de los hijos. Aunque, además, se plantea la posibilidad de que el juez pueda modificar en parte dicho acuerdo que no rechaza del todo. A su turno, Barcia estima que el juez debe intervenir en velar porque los cónyuges ratifiquen el acuerdo de manera informada y además: “[...] de estimarse que la compensación económica cumple una función asistencial el juez puede modificar, conforme a la prueba rendida, su monto por cuanto debe velar por la protección del cónyuge más débil”<sup>88</sup>. Por su parte, Corral expone: “No se trata de un control meramente formal. El juez debe considerar si la compensación está correctamente aplicada, al menos en sus rasgos generales y más fundamentales. Si llega a la conclusión fundada de que la compensación es insuficiente podrá aumentarla, sobre todo considerando que la ley le ordena resolver teniendo en cuenta el interés del cónyuge más débil (art. 3 inc. 1°)”<sup>89</sup>. Acuña San Martín, también considera adecuado que el juez pueda verificar el acuerdo, conforme al criterio de suficiente y el principio superior que prima en esta materia.

En general la doctrina, se inclina por reconocer las facultades del juez de familia sobre la revisión del pacto sobre compensación económica y poder posteriormente modificarlo, si así lo estima pertinente. El fundamento que la doctrina entrega sobre las facultades del juez, descansa en el principio que prima en esta materia: guardar por la protección del cónyuge más débil y el interés superior de los hijos.

### **3.1.2. Judicial.**

En la gran mayoría de los casos se procederá por esta vía cuando haya falta de acuerdo de los cónyuges, o bien, simplemente cuando el juez rechace el pacto convencional sobre el cual descansa la compensación económica (este último caso no lo contempla expresamente el art. 64). Sin embargo, se debe hacer presente que la determinación judicial no opera de oficio, sino que es el cónyuge

---

<sup>88</sup> BARCIA Lehmann. Op. Cit. p. 341.

<sup>89</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. p 35.

interesado en este derecho, quien deberá pedirla en alguna de las oportunidades procesales que establece el art. 64 de la LMC.

La facultad del juez en esta vía es –de acuerdo al art. 64.1 de la LMC-, determinar la procedencia y fijar el quantum de la compensación económica. Es decir, el juez tiene en primer lugar que verificar la determinación de procedencia del menoscabo económico y sus causas concurrentes de conformidad al art. 61 y medir la intensidad de dicho menoscabo de acuerdo al 62.1 de la LMC. Luego, una vez verificada la procedencia de la compensación económica, procederá a la determinación del quantum de la prestación de conformidad a los criterios del 62.1 de la LMC. De tal manera que, si no hay procedencia de la compensación económica, no cabe la posibilidad de analizar su cuantía.

El cónyuge interesado en la compensación económica, la debe solicitar en una de las oportunidades procesales señaladas por el art. 64 inc. 3 y 4 de la LMC. En efecto, el interesado en esta prestación tiene una carga, que consiste hacerla valer en una de las oportunidades correspondientes. Estas oportunidades procesales son:

- a. La demanda;
- b. Escrito complementario de la demanda;
- c. En la reconvención.

Solicitada en alguna de dichas oportunidades, y siempre que haya lugar a ella, el juez se deberá pronunciarse sobre procedencia de la compensación económica y su monto, en la sentencia de divorcio o nulidad. (Parte final del inciso del art. 64.3° de la LMC)

Los autores Vidal y Pizarro, a este respecto, entregan una buena perspectiva de cada una de estas oportunidades procesales: “[...] La solicitud, si quien se pretende beneficiario inicia el procedimiento, puede verificarse en la demanda de divorcio. Si el posible requirente es el demandado de divorcio o nulidad matrimonial, tiene la posibilidad de solicitarla en la contestación a la demanda. Todavía es posible que lo haga mediante una demanda reconvencional. Incluso,

puede demandarla en un otrosí de la contestación en forma específica. Todavía queda la posibilidad que sea reclamada en la audiencia preparatoria del juicio de familia, si no se ha incluido en la contestación. Si no se ha demandado, el juez debe informar sobre la posibilidad de demandarla. Aquí podrán hacerlo en escrito complementario a la demanda, a la contestación o por vía oral en la propia audiencia [...]"<sup>90</sup>

Cabe hacer presente que, si el eventual cónyuge interesado en la prestación, no la solicita en la demanda, el juez debe informar de la existencia de este derecho a los cónyuges en la audiencia preparatoria de acuerdo al art. 64.2 de la LMC. Lo anterior es válido, tanto para procedimientos de divorcio o nulidad. Vidal, sostiene que en el caso de los procedimientos de nulidad, al no haber audiencia de conciliación, igualmente el juez tiene el deber de informar a las partes por este derecho de acuerdo al principio de protección del cónyuge más débil. Esta información, la deberá entregar al proveer la demanda o en la audiencia preparatoria propiamente tal. Por su parte, Rodríguez Grez cree conveniente que el juez, -además de informar sobre el derecho-, le entregue un plazo breve a las partes para poder ejercerlo, antes de dar curso progresivo a los autos. De esta forma, desaparece la incertidumbre generada por no ser ejercido el derecho en la demanda ni en la reconvención.

En el caso de que la parte interesada no pida la compensación económica en alguna de las oportunidades procesales que determina el art. 64 de la LMC, ni tampoco el juez de familia informe de este derecho a los cónyuges, Baraona sostiene que en tal situación, el afectado puede interponer un recurso de casación en la forma, fundamentado en la falta de un trámite esencial del juicio. Contrariamente a esto piensa Rodríguez Grez para quién, el mismo tribunal debe dictar una sentencia complementaria al respecto, a su turno señala: "[...] Creemos nosotros que si las partes no son informadas de la existencia del derecho, simplemente no opera la caducidad y el derecho subsiste pudiendo ejercerse ante el mismo tribunal y debiendo dictarse una sentencia complementaria. Recordemos

---

<sup>90</sup> PIZARRO Wilson y VIDAL Olivares. Op. Cit. p. 129.

que la caducidad o preclusión de un derecho sólo se produce cuando concurren todos los presupuestos consagrados en la ley y que, como se dijo, nos hallamos ante una institución de derecho estricto, excepcional y que debe interpretarse restrictivamente. Por lo tanto, forzoso resulta reconocer que el derecho subsiste y que puede ejercerse mientras no haya prescrito<sup>91</sup>.

Por último, cuando ninguno de los cónyuges reclama la compensación económica dentro del procedimiento de divorcio o nulidad correspondiente, a pesar de que el juez haya informado a las partes sobre la existencia de este derecho en la audiencia preparatoria, se provoca la caducidad o preclusión del derecho a reclamarla. De esta posición son los autores, Vidal, Pizarro, Gutiérrez Castillo, Corral y Rodríguez Grez. Este último autor, en un último trabajo, señala distintas razones por las cuales caduca el derecho a la compensación económica, cuando no es reclamado de manera oportuna procesalmente. “i) la naturaleza de la compensación económica es sui géneris, excepcional y de derecho estricto, por ende no puede interpretarse extensivamente; ii) decretado el divorcio, no subsisten más que las obligaciones contenidas en la sentencia en lo que concierne a las relaciones patrimoniales de los involucrados; iii) una acción indemnizatoria posterior al divorcio no comprende la reparación de un desequilibrio fundado en la distribución de roles en la vida en común, asignación perfectamente legítima, que no puede considerarse infracción de una obligación preexistente que sirva de antecedente a una acción reparatoria; iv) lo que representa la compensación económica no constituye un daño indemnizable (ni daño emergente, ni lucro cesante, ni daño moral), sino la intención del legislador de resguardar un equilibrio patrimonial que no tiene otro antecedente que las referidas asignaciones de roles en el matrimonio; v) la ley impone ‘una carga procesal’ al titular de este derecho, si ésta no se satisface sobreviene la caducidad; vi) la ley señala que la compensación económica debe ser convenida por las partes, tanto en su monto como en la forma de pago, y sólo a falta de este acuerdo corresponde al juez determinar ambas cosas en la oportunidad contemplada en la ley; vii) si este derecho subsistiera después de decretado el

---

<sup>91</sup> RODRÍGUEZ Grez. Op. Cit. p. 396.

divorcio, su ejercicio posterior infringiría el artículo 60 de la LMC, que dispone que ‘El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio’, y el artículo 50 de la misma, que preceptúa que ‘La nulidad produce sus efectos desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que la declara, retrotrayéndose las partes al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial...’; viii) en el caso que analizamos confluyen las dos fuentes de la caducidad, esto es, la consunción del plazo y el incumplimiento de una carga, lo anterior porque el derecho debe ejercerse y ello ocurrir en un cierto plazo que está dado por la interposición de la demanda, la reconvención o el escritor complementario de que trata el artículo 64 de la LMC; y ix) la caducidad, en este caso, está integrada, además, por la información que el juez está obligado a proporcionar a los interesados sobre la existencia de este derecho en el comparendo de conciliación de que trata el Capítulo VII, Párrafo 2° de la LMC”<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Ibid. pp. 395-396.

## **3.2. Cuantía de la compensación económica.**

### **3.2.1. Consideraciones previas.**

La etapa cuantificadora asoma como uno de los problemas esenciales y más difíciles de dilucidar por parte de los magistrados desde el momento en que queda acreditada la procedencia de la compensación para el cónyuge beneficiario. En este sentido, algunas de las interrogantes que se pueden generar a partir del ejercicio cuantificador de la compensación económica son: ¿Es posible establecer un monto exacto o bien, adecuado para el menoscabo económico producido?, ¿Existe una fórmula uniforme o transparente para llevar a cabo la cuantificación de la prestación?, ¿Son suficientes los criterios del art. 62.1° de la LMC para determinar la cuantía del derecho?, entre otras preguntas eventuales.

De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, a falta de acuerdo de los cónyuges, será el juez quien determine la procedencia y cuantía de la compensación económica. Es decir, el juez una vez que verifique la existencia del menoscabo económico y sus causas concurrentes procederá, si hay lugar a ella, a la cuantificación de la prestación. Para ello deberá tener en cuenta los criterios heterogéneos que señala el art. 62.1° de la LMC.

Como punto de partida, se debe señalar algunos rasgos que envuelven a la calificación judicial del quantum.

1. De acuerdo con lo señalado por Acuña San Martín, -y de lo cual existe un amplio número de fallos en ese sentido-, es que la determinación del quantum de la prestación es una facultad privativa del juez de la causa. La autora mencionada, también agrega que el monto debe ser fijado prudencialmente por el tribunal y de acuerdo a las reglas de la sana crítica.
2. El monto que determine el juez de familia, debe ser fijo, global y debe constar en dinero o en otras especies detalladas por el art. 65 de la LMC.

3. La cuantía es una etapa consecencial a la determinación del menoscabo económico. De tal manera que, no podría definirse el valor de la prestación, sin que se encuentre claramente acreditado en el proceso los presupuestos que construyen la compensación económica.
4. En cuanto a la solicitud de compensación económica elaborada por el cónyuge requirente, esta debe constar del montante o suma que éste exige. Vidal y Pizarro, indican que debe rechazarse toda solicitud en que no contenga una cuantía determinada sobre la prestación. Sin perjuicio de esto último, es necesario señalar un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua (Rol 247-2013) en que no considera un obstáculo que la demanda de compensación económica no contenga un monto determinado.

Algunos autores han planteado el problema sobre si la cuantía de la compensación no pueda reparar íntegramente el menoscabo económico ocasionado. A este respecto, Corral ha señalado que: “[...] la cuantía de la compensación económica debiera fijarse en función del perjuicio o menoscabo económico. Pero es difícil –por no decir imposible- que verdaderamente se puedan resarcir completamente todos los perjuicios patrimoniales que el cónyuge sufre por el desahucio unilateral de todo el estatuto protector del matrimonio, sobre todo porque se trata de beneficios eventuales o potenciales que no sabemos si habrían tenido lugar o se habrían extinguido por otra causa. Por tanto, no hay propiamente una reparación del daño como sucede en la responsabilidad civil, en que rige el principio de la integridad de la reparación: todo daño debe ser reparado. Se trata de una compensación paliativa que intenta en la medida de lo posible cubrir el menoscabo económico más manifiesto, y según pautas de orientación que la misma ley se encarga de fijar, aunque a modo ilustrativo”<sup>93</sup>.

Domínguez H., también advierte las dificultades de devolver al cónyuge beneficiario un equivalente exacto por el menoscabo ocasionado. “[...] Como es fácil observar, no existe suma de dinero que pueda devolverle exactamente lo que perdió: posibilidades de haber tenido un desarrollo profesional o laboral

---

<sup>93</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. pp. 29-30.

económicamente relevante atendida su realidad y facultades. Por lo mismo, lógico es que se siga en esto el destino evidente que tienen todos los tipos de perjuicios que no tienen un equivalente económico exacto y, por ende, donde toda idea de compensación por equivalente exacto se hace imposible: como acontece con el lucro cesante en las personas o con el daño moral. Se ha sostenido que ello implica asimilar la compensación en su régimen de evaluación al daño moral; en verdad, le asimila a los perjuicios –materiales o morales- de compleja traducción económica”<sup>94</sup>. Otro autor que ha manifestado inquietudes similares es Domínguez A. quien señala que: “[...] a diferencia de una reparación de daños patrimoniales, la ley no determina al juez el fijar el monto de la compensación en un equivalente a un daño causado. No es posible entonces usar los criterios de fijación del lucro cesante, pues en éste la indemnización debe ser equivalente a la ganancia perdida. Tampoco los propios de la obligación alimenticia, pues en ésta la pensión depende de las necesidades del alimentario y en función de la capacidad económica del alimentante. [...]”<sup>95</sup>.

En conformidad a las razones expuestas por cada uno de los autores anteriores en sus respectivos trabajos, concuerdan en la imposibilidad práctica de reparar íntegramente el menoscabo ocasionado como símil a lo que si acontece con los daños en el derecho patrimonial, porque es prácticamente imposible. Sin embargo a ello, difieren al tipo de régimen que se puede asimilar el menoscabo dada su compleja evaluación económica. En lo que concuerdan Domínguez H. y Domínguez A, es que en definitiva la labor de cuantificación queda al criterio de los jueces, luego de analizar las circunstancias del art. 62.1° de la LMC. Sobre el particular Domínguez H, indica las falencias de entregar la determinación del quantum al criterio judicial: “[...] Es lo que, en síntesis, acontece en la materia sin que, por tanto, deba extrañarnos desde que es la realidad que impera en todos los casos que vengo de señalar y sus peligros son de sobra conocidos: arbitrariedad en la decisiones, falta de uniformidad en las decisiones judiciales, falta de

---

<sup>94</sup> DOMÍNGUEZ Hidalgo. Op. Cit. pp. 77-78.

<sup>95</sup> DOMÍNGUEZ Águila. Op. Cit. pp. 215.

fundamentación en las decisiones, etc. [...]”<sup>96</sup>. Con todo, la misma autora reconoce que la regulación de la compensación económica es más completa y certera que la regulación acerca del daño moral, dado por los criterios que debe tener en cuenta el tribunal para fijar la prestación.

Por su parte Barcia, siguiendo sólo sobre este punto a Carlos Pizarro, comparte su opinión de que al momento de determinar la procedencia de la compensación económica, el juez deba operar similar a la forma de determinación del lucro cesante, sin embargo en cuanto a definir el quantum indemnizatorio de la prestación, el juez debe operar de manera similar al daño moral.

Cristián Lepin, a su turno, estima que asimilar al quantum de la compensación económica con el de la reparación por lucro cesante causado, es injusta e ilusoria. De esta manera arguye: “[...] El estimar que un cónyuge dejó de percibir, por ejemplo, el sueldo mínimo \$165.000 mensuales, por doce meses y por veinte años, da como resultado \$39.600.000. Si agregamos que el obligado al pago es un trabajador que gana el ingreso mínimo, resulta claramente imposible de cumplir dicha obligación. Ello en términos prácticos, ya que en términos estrictamente jurídicos el daño debe ser cierto y no meramente hipotético o eventual. La certidumbre dice relación con su existencia, y claramente, aun cuando una persona tenga cualificación profesional, nada permite asegurar que podría haber trabajado durante el matrimonio, y mucho menos cuánto sería el monto de sus ingresos; por otra parte, el lucro cesante es un daño futuro, y no como ocurre en la especie, donde mira el pasado. [El autor más adelante agrega] Claramente este no es el sentido de la norma, si se tiene en cuenta que tratándose de matrimonios que han permanecido juntos por varias décadas, las cantidades o montos indemnizatorios serán tan altos como imposibles de cancelar para los deudores, lo que en la práctica llevaría al incumplimiento generalizado de la norma, por no corresponder ella a la realidad social que regula, estableciendo cargas demasiado gravosas para uno de los cónyuges”<sup>97</sup>. Lepin, al descartar al lucro cesante como

---

<sup>96</sup> DOMÍNGUEZ Hidalgo. Op. Cit. p, 78.

<sup>97</sup> LEPIN Molina. Op. Cit. pp, 96-97-98.

modelo de cuantificación de la compensación, señala que el quantum está determinado por la pérdida de una oportunidad laboral. Al desarrollar su postura señala: “Dicha cantidad debe, en principio ser moderada a satisfacción del cónyuge acreedor (en este sentido, similar a la cuantificación del daño moral), respondiendo su determinación a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad que la hagan compatible con la subsistencia de la vida familiar después de la ruptura. Lo anterior, en el entendido que a pesar de la vida separada de los cónyuges, la familia subsiste, y se debe velar por el bienestar de cada uno de sus integrantes”. Siguiendo una línea similar a la de Lepin, se encuentra Tapia Rodríguez –al menos, de acuerdo a la hipótesis más típica que este último desarrolla-, al señalar que: “[...] El propósito es únicamente compensarlo por las ‘chances’ que perdió de acceder a un trabajo, pero no es una suma que cubra todos los ingresos que habría recibido de ejercer una profesión, pues es imposible determinarlos con precisión y aún afirmar categóricamente que de no haber contraído matrimonio habría ejercido tal actividad”<sup>98</sup>.

Guerrero Becar, expone su opinión en relación al escaso desarrollo que existe en torno a la cuantía de la compensación económica en comparación con su misma procedencia, aun cuando reconoce que la cuantificación es una tarea difícil asumida por los magistrados. Al respecto señala lo siguiente: “[...] no existe igual avance en la fijación de un modelo o parámetro de cuantificación de la compensación, que queda al absoluto arbitrio de los sentenciadores. Los autores nacionales, en general, han volcado su preocupación a definir la naturaleza jurídica de la institución y estudiar los criterios que el legislador indica al juez para fijarla, pero ha preterido desarrollar y sobre todo especificar tales criterios en función de evitar que la cuantificación quede entregada en forma plena al sentenciador. El análisis llega, por tanto, hasta la definición del criterio por considerar, sea situación previsional o la edad del solicitante, o cualquier otro; pero el paso siguiente, de determinar la cuantía específica, es olvidado y ella queda entregada a la prudencia del juez que toma en consideración la situación del deudor sólo a efectos de fijarles forma de pago. Por cierto, no podemos dudar

---

<sup>98</sup> TAPIA Rodríguez. Op. Cit. p. 5.

ser tarea difícil fijar la cuantía de la compensación económica, ni es nuestra intención establecer un modelo para su cuantificación, al menos en este trabajo; pero no por ello debemos dejar de lado dar orientaciones al juez en esta última etapa, en aplicación, por lo demás, del artículo 66 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de 1920 sobre de las sentencia, que ordenan fundamentar siempre la decisión que el juez adopta”<sup>99</sup>.

### **3.2.2. Análisis de los criterios cuantificadores del art. 62.1° de la LMC.**

La LMC en su artículo 62.1° indica una serie de criterios no homogéneos, de los cuales el juez debe tener en consideración para determinar la cuantía de la compensación y que son, por tanto, los mismos que éste debe utilizar para acreditar la existencia del menoscabo económico. El referido artículo señala: *“Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”*.

De los criterios entregados por la referida norma, aparecen ciertos rasgos que son menester indicar.

Autores como Gómez de la Torre, Tapia y Veloso, concuerdan acerca de la similitud de estos criterios con los señalados por la legislación francesa<sup>100</sup> (artículo

---

<sup>99</sup> GUERRERO Becar. Op. Cit. p. 128-129

<sup>100</sup> Nota referencial n° 3: Art. 271 del Código Civil francés señala: “La prestación compensatoria se fijará según las necesidades del cónyuge al que se pague y a los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación al tiempo del divorcio y la evolución de ésta en un futuro previsible. Con este objeto, el juez tendrá en consideración, especialmente: - La duración del matrimonio; - La edad y estado de salud de los esposos; su cualificación y situación profesionales; las consecuencias derivadas de las elecciones profesionales realizadas por uno de ellos, mientras duró la convivencia, para la educación de los hijos, y del tiempo que todavía deba dedicarles, o para favorecer la carrera profesional del otro cónyuge en detrimento de la propia; - El

271 del Código Civil francés) y española<sup>101</sup> (artículo 97 del Código Civil español) sobre la misma materia. Sin embargo, Barcia sostiene que: “La gran diferencia entre estas dos legislaciones con la chilena es que ellas no se sustentan en un juicio de reprochabilidad en la determinación de la compensación económica. La reforma del 1975 al Derecho francés, como destacaría LEVENEUR, no exigiría que el cónyuge beneficiario fuese calificado como inocente. Igual criterio se adoptaría en la Reforma española de 1981 que introdujo esta figura. En cambio, en nuestra legislación la imputabilidad es determinante para el rechazo o la reducción de la compensación económica”<sup>102</sup>. A su turno, Rodríguez Grez, afirma que hay una similitud indiscutible entre el art. 97 del Código Civil español y nuestro art. 62, sin embargo la base sustancial de nuestro derecho es diferente. De este modo explica que: “[...] En un caso (Chile) se trata de compensar el menoscabo económico que tiene origen en la imposibilidad de haberse dedicado uno de los cónyuges a una actividad remunerada por el hecho de hacerse cargo de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos; en el otro caso (España) se trata de compensar un desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge, cuando se produce un empeoramiento respecto de la situación anterior al matrimonio. Asimismo, en un caso (Chile) se fija por los cónyuges o por el juez una cantidad de dinero, que puede pagarse en cuotas cuando el deudor no tiene bienes suficientes para su solución; en el otro caso (España) se trata de una pensión temporal o indefinida o, bien, de una prestación única fijada por los cónyuges o el

---

patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, tanto en capital como en rentas, tras la liquidación de su régimen económico; - Sus derechos actuales y previsibles; - Su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación.

<sup>101</sup> Nota referencial n° 4: Art. 97° del Código Civil español: El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador de la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1° Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2° La edad o estado de salud. 3° La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo. 4° La dedicación pasada y futura a la familia. 5° La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6° La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7° La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8° El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9° Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

<sup>102</sup> BARCIA Lehmann. Op. Cit. p. 320.

juez en subsidio. En ambos casos, los factores que debe considerar el juez son perfectamente semejantes en ambas legislaciones”<sup>103</sup>.

En tanto, Veloso agrega que estos criterios son similares a los señalados por los art.113 del Código de Familia de El Salvador y art.125 del Código Civil suizo. Por último, Segura Riveiro, afirma que los parámetros del art. 62.1°, son muy similares a los establecidos en la ley 45/91 del Paraguay.

En cuanto a la clase de norma que sustenta a los criterios en estudio, Rodríguez Grez y Corral, estiman que el art.62 se trata de una norma imperativa y de la cual el juez no puede prescindir. Este último autor considera que “Es menester advertir que no es discrecional para el juez aplicar las pautas establecidas en la ley, sino que se trata de un deber impuesto imperativamente, lo que revela el texto del art. 62: ‘se considerará’. Pero no existe prelación o prevalencia de unas circunstancias en desmedro de otras”<sup>104</sup>.

Con respecto a la prelación de los criterios, Turner estima que no existe un orden de prelación entre ellos, pero el juez debe considerar todos los señalados en la norma y ponderarlos según su propio parecer. En contra de esta apreciación, se encuentra Barcia quien siguiendo a Tapia señala “[...] los criterios que establece el artículo 62 de la LMC para determinar el ‘*quantum*’ de la compensación no siguen un orden; pero en realidad lo que hace dicha norma es tomar en consideración la situación concreta de cada pareja. En este sentido, TAPIA destaca que la lógica de la regulación del ‘*quantum*’, en la compensación, obedece a la variedad de relaciones conyugales que pueden producirse en nuestros días, siendo ésta es la esencia del Derecho de Familia. [...]”<sup>105</sup>.

Según Tapia, siguiendo su lógica de multiplicidad de relaciones matrimoniales que anteceden a la ruptura, es lo que explica a los criterios tan heterogéneos que el legislador estableció en el art.62.1°. El juez no debe utilizar todos los criterios, sino los más consistentes con la relación que antecedió a la ruptura conyugal.

---

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ Grez. Op. Cit. p. 418.

<sup>104</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. p. 30.

<sup>105</sup> BARCIA Lehmann. Op. Cit. p. 348.

Entonces, lo planteado por el autor sería de la siguiente forma “[...] En la hipótesis de la compensación ‘pérdida de oportunidad’, el juez deberá considerar la duración del matrimonio y de dedicación al hogar común, la calificación profesional del cónyuge, los posibles ingresos que habría podido recibir y multiplicarlos por la probabilidad aproximada que tenía de haber desarrollado esa actividad, descontando naturalmente la contribución que cada cónyuge debe efectuar a la familia común. [...] En cambio, si la ruptura ocurre luego de muy largo periodo de convivencia, el juez deberá tener en cuenta particularmente la edad, la salud de los cónyuges y la situación patrimonial y previsional de los cónyuges. [...] Si se trata, en cambio, de compensar una contribución del cónyuge a una actividad comercial común, el juez debe tener particularmente esta circunstancia y la duración de la convivencia para determinar su monto”<sup>106</sup>.

Por otra parte, el catálogo de criterios expresados por el art. 62.1° de la LMC no tienen carácter taxativo, la doctrina ha sido unánime en reconocer este rasgo del precepto, toda vez que este utiliza el término “especialmente” que evoca a una enunciación ejemplar o meramente referencial. Por lo tanto, el juez podría establecer el quantum indemnizatorio a través de otros criterios no contemplados por la norma referida como son, el resultado de la liquidación del régimen de bienes, o el que señala Pizarro -a modo de ejemplo- la renuncia a un trabajo específico por seguir al otro cónyuge a realizar estudios de postgrado, entre otros. Aunque, Turner estima que “[...] la amplitud de las mismas circunstancias hace poco probable la necesidad de invocar alguna otra. Sobre todo, desde que el elemento de la culpabilidad quedó incorporado tanto a través de la circunstancia de la ‘buena o mala fe’ como del segundo inciso de la norma”<sup>107</sup>. Barcia, acepta la no taxatividad de la norma, no obstante, entrega una opinión particular sobre ella: “[...] estos criterios no son taxativos y que el juez podría recurrir a otros, en la medida que ellos se desprenden de la naturaleza resarcitoria o asistencial de la compensación económica. Independientemente que la naturaleza extrapatrimonial

---

<sup>106</sup> TAPIA Rodríguez. Op. Cit. p. 5.

<sup>107</sup> TURNER SAELZER, Susan. Compensación económica en el divorcio. Análisis de los artículos 61 y 62 de la nueva ley de matrimonio civil. En: LEPIN MOLINA, Cristián y MUÑOZ VILLAGRA, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago. LegalPublishing: Thomson Reuters., 2013 pp.33-56; p. 38.

de esta figura no excluye criterios patrimoniales o resarcitorios en la evaluación, el sustento de ella es ético o moral: la protección de acuerdos que el Derecho busca promover, como son los que van en beneficio de la familia [...]”<sup>108</sup>.

En otro aspecto, la doctrina ha clasificado de distintas maneras a los criterios establecidos por el art. 62.1º de la LMC. Según Pizarro, estos criterios se pueden agrupar en aquellos que se vinculan al matrimonio (como la vida en común y la duración del matrimonio); los vinculados al cónyuge deudor (como su situación patrimonial); y los vinculados al cónyuge beneficiario (como son su situación patrimonial; la buena o mala fe; edad y estado de salud; situación previsional y beneficios de salud del requirente; su calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral; y la colaboración que hubiera prestado el beneficiario al trabajo del otro).

Por su parte, Turner explica la diversidad de criterios a partir de las distintas clasificaciones elaboradas por la doctrina española: “[...] En cuanto a su entidad, algunas parecen atender a las bases de una pensión asistencial mientras otras, en cambio, son propias de una prestación indemnizatoria, sea que se trate de compensar una actividad que ha supuesto un perjuicio de las expectativas del cónyuge solicitante o un beneficio directo para el otro cónyuge, sea como una compensación por la convivencia. Otros autores distinguen, además, los criterios equilibradores. Parece acertado advertir, sin embargo, que la entidad de los elementos dispuestos para el cálculo de la prestación no necesariamente coincidirá, si bien sería deseable que así ocurriera, con la naturaleza de la prestación misma. Por otra parte, las circunstancias pueden tener un carácter más bien objetivo o, por el contrario, ser de orden subjetivas. En cuanto a la persona relevante para su verificación, las circunstancias se pueden evaluar sólo respecto del beneficiario de la compensación o de ambos cónyuges, agregándose la posibilidad de que apunten al matrimonio mismo. En el ámbito temporal, las circunstancias son prospectivas o retrospectivas. En las primeras, la compensación económica actúa como un salario futuro, en las segundas, como

---

<sup>108</sup> BARCIA Lehmann y RIVEROS Ferrada. Op. Cit. p. 264.

uno diferido. Las circunstancias, por último, pueden tener un contenido patrimonial o, por el contrario, uno de carácter extrapatrimonial.”<sup>109</sup>.

Barcia, a su turno, distingue a los criterios atendiendo a las distintas funciones que estos despliegan. Así, entonces, se dividen en criterios resarcitorios, asistenciales, mixtos (comparten una función resarcitoria y asistencial a la vez) y punitivo, en cuanto a este último se lo identifica con la buena o mala fe. A su vez, los criterios de determinación del quantum pueden ser netamente patrimoniales y, en ese sentido, darían lugar a un derecho personal, de índole patrimonial no asistencial.

Por último Veloso y Gómez de la Torre, en sus trabajos respectivos clasifican al catálogo de circunstancias según si miran al pasado, presente y futuro. Así, los que miran al pasado son: la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; los que se refieren al presente son: la situación patrimonial de los cónyuges, la edad y estado de salud del beneficiario y la materia de beneficios previsionales y de salud; los que apuntan al futuro son: la cualificación profesional y posibilidades de reinserción en el mercado laboral.

### **3.2.3. Criterios del art. 62.1° de la LMC.**

Los criterios son los siguientes:

#### **a. La duración del matrimonio y de la vida en común.**

La doctrina concuerda en que se trata de un criterio objetivo y no patrimonial, a su vez Turner lo estima como asistencial y en que el juez debe hacer un análisis retrospectivo de este. El criterio en estudio, menciona dos periodos de tiempo por un lado *la duración del matrimonio* y por otro *la duración de la vida en común*, en torno a este criterio existen distintas interpretaciones en doctrina que vienen dadas porque no muchas veces en las relaciones coincidirán ambos periodos de tiempo.

Para situarnos en el tiempo que comprenden ambos periodos, se debe señalar que la duración del matrimonio parte desde la celebración del acto solemne hasta

---

<sup>109</sup> TURNER Saelzer. Op. Cit. pp. 38-39.

la ejecutoriedad de la sentencia de divorcio o nulidad. En cuanto al periodo de vida en común, comprende la convivencia prematrimonial hasta la separación judicial o de hecho de los cónyuges.

La pregunta que se ha planteado la doctrina en torno a este criterio es ¿cuál periodo de tiempo debe prevalecer? o ¿Cuándo debe aplicarse uno y otro?. Al respecto, existen distintas apreciaciones en la doctrina nacional. Turner plantea dos tipos de interpretaciones frente a este criterio: “Una alternativa sería vincular la circunstancia con el ámbito de aplicación de la compensación económica. Es decir, la duración del matrimonio operaría cuando la prestación se demande en el juicio de divorcio y la duración de la convivencia, cuando se ejerza la acción de nulidad de matrimonio. [...] [Luego, Turner plantea la interpretación que en su opinión es la correcta] ambos lapsos de tiempo se apliquen tanto al caso del divorcio como al de la nulidad matrimonial, cada vez que no sean coincidentes. Ello ocurrirá en las situaciones en que la convivencia matrimonial haya durado poco y la separación, en cambio, se haya prolongado durante largo tiempo hasta el divorcio o nulidad matrimonial o en aquellas hipótesis de larga convivencia prematrimonial seguidas por un corto matrimonio. En el primer caso, el juez tomará en cuenta el tiempo del matrimonio porque allí hubo efectiva convivencia de los cónyuges. En el segundo, sumará a la convivencia de hecho el tiempo de duración del matrimonio. En definitiva, prevalecerá siempre el tiempo de la convivencia efectiva, que es el que se relaciona con los presupuestos del cuidado de los hijos y del hogar común”<sup>110</sup>. Por lo tanto, para esta autora, de alguna manera prevalece el periodo de convivencia efectiva de las partes por sobre la duración del matrimonio. Sin embargo, Corral sostiene que la duración del vínculo matrimonial es igualmente relevante, ya que si hay una convivencia de corta duración y un matrimonio de larga duración, es probable que se generen –según Corral- efectos de amparo y socorro, propios del matrimonio.

Rodríguez Grez, ha planteado que este criterio comprende la convivencia previa al matrimonio, ya que en este periodo se pueden verificar los mismos presupuestos

---

<sup>110</sup> Ibid. pp. 43-44.

para la procedencia de la compensación económica. Esta posición, la defiende a partir de protección del cónyuge más débil de la relación. Al respecto argumenta: “[...] Empero a la alusión ‘vida en común’ comprende, creemos nosotros, todo el tiempo durante el cual ha habido convivencia, unión de cuerpos y desempeño de roles que se implican. Reafirma lo que señalamos el hecho de que la compensación, sin duda alguna, comprende el periodo en que los cónyuges separados siguen ligado por el vínculo matrimonial, lo cual revela que este factor comprende dos situaciones independientes: la extensión del matrimonio y la vida en común. Si hay derecho a compensación durante el matrimonio sin vida en común, no existe razón alguna para negarlo cuando hay vida en común sin matrimonio. [...]”<sup>111</sup>. En contra se encuentra Corral, quien siguiendo la literalidad del criterio, la vida en común supone la existencia previa de nupcias ya que el criterio habla de “...lo cónyuges”.

Acuña San Martín, entiende que lo central de este criterio es la vida en común de los cónyuges y que acepta tener en cuenta la convivencia pre matrimonial de éstos. Además indica que la duración del matrimonio no puede desligarse de la vida en común de las partes, ya que es en el periodo de convivencia en común, donde puede apreciarse el menoscabo compensable.

Barcia, en tanto, ofrece una nueva interpretación sobre este criterio desde el análisis de la interpretación sistemática de las normas 61 y 62 de la LMC. Barcia, lo desarrolla de la siguiente manera “[...] los criterios ‘duración del matrimonio’ y ‘vida en común’ deben entenderse como el tiempo en que el cónyuge beneficiario pudo velar por la familia. De esta forma, en caso que uno de los cónyuges esté al cuidado de los hijos, entonces se podrá recurrir a ambos criterios para determinar la extensión del ‘quantum’ de la compensación. En este supuesto, no interesa que los cónyuges estén separados y se tomará en consideración el tiempo de duración del matrimonio, pero solo en la medida que el cónyuge beneficiario se haya ocupado de los hijos. A su vez, en caso que el cónyuge beneficiario esté al cuidado del hogar común sólo se debe computar el tiempo de vida en común. Ello

---

<sup>111</sup> RODRÍGUEZ Grez. Op. Cit. pp, 398-399.

es evidente desde que mal puede haber ‘hogar común’ si los cónyuges están separados”<sup>112</sup>. Con todo, este autor sostiene al igual que Gómez de la Torre y Veloso, que si el matrimonio ha durado poco no es dable establecer compensación económica para el requirente.

Por último, en cuanto a la influencia de este criterio con el monto de la compensación económica. Una parte de la doctrina ha señalado que este criterio, debe analizarse combinadamente con otros señalados por el 62.1° de la LMC. No obstante a ello, se entiende que mientras más tiempo de convivencia efectiva de los cónyuges, mayor será el menoscabo económico sufrido y por consiguiente su quantum indemnizatorio.

#### **b. La situación patrimonial de los cónyuges<sup>113</sup>.**

Es un criterio de carácter objetivo y patrimonial. Sin embargo no existe acuerdo en la doctrina si este criterio es asistencial o resarcitorio. Una parte de la doctrina comprende a este criterio con el carácter de asistencial, porque opera de manera similar al derecho de alimentos. En este sentido, Turner señala que dicho criterio tiene una conexión evidente con la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentario, y que por tanto, lo alejan de los rasgos resarcitorios. Sin embargo, Barcia sostiene que a pesar de su rasgo asistencial, igualmente tiene un trasfondo resarcitorio o reparatorio del desequilibrio patrimonial.

Este criterio, supone de parte del juez, un análisis comparativo de los patrimonios del cónyuge acreedor y deudor de la prestación. Es por tanto, que una de las consideraciones que debe tener en cuenta al juez al momento de determinar el quantum de la prestación, viene dada por la calificación de la situación patrimonial del cónyuge deudor. Veloso, indica que en el caso de que el patrimonio del deudor sea escaso, consistente en una pensión de vejez o invalidez, no procedería este derecho, salvo en circunstancias excepcionales plenamente justificadas como la vejez o invalidez del requirente, harían proceder a este derecho. En contra esta

---

<sup>112</sup> BARCIA Lehmann. Op. Cit. p, 343.

<sup>113</sup> Cfr. Con el capítulo segundo, punto 2.6.

Acuña San Martín y Corral de esta posición. El último argumenta que el menoscabo económico, no desaparece por la falta de capacidad económica del deudor. “[...] Si se trata de un resarcimiento su monto no puede quedar entregado a la solvencia económica del obligado. Por lo demás, la ley se pone expresamente en este supuesto, pero no para que se suprima o disminuya la compensación, sino únicamente para que el juez pueda decretar la división del pago de la compensación en cuotas”<sup>114</sup>.

Rodríguez Grez, entiende que si existe una diferencia sustancial entre los patrimonios de los cónyuges, el monto de la compensación se aumentará a favor del requirente de la prestación, ya que la actividad realizada por el acreedor ha contribuido al incremento o conservación de los bienes del cónyuge que realiza actividades remuneradas. Para Barrientos y Novales, del análisis sobre la situación patrimonial de los cónyuges, es posible hacer presumir la situación desmedrada de uno de ellos. Corral, también es de la idea que un desnivel de los cónyuges, es un indiciario en la existencia y cuantía del menoscabo. Sin perjuicio de lo anterior, Turner estima que evaluación del patrimonio de los cónyuges solo en principio sería indiciaria de un mayor o menor sacrificio o beneficio experimentado por los cónyuges. Al respecto, señala algunos ejemplos en que se presentan inconvenientes de analizar a priori y en abstracto, este criterio con el quantum de la compensación. “¿Puede darse por sentada una presunción en el sentido de que la condición económica desmedrada sea consecuencia de no haber desarrollado un trabajo remunerado por haberse dedicado al cuidado de los hijos o al hogar común? Supongamos que una mujer de 17 años, sin su educación básica completa, se casa con un funcionario público que durante los 10 años de matrimonio va ascendiendo de grado, mientras ella se dedica a las labores domésticas. Ella no tenía posibilidades de encontrar un buen empleo y nivel de vida alcanzado durante el matrimonio, desde un punto de vista patrimonial, excede con mucho el que ella habría logrado sola. ¿Su situación desmedrada está relacionada con el trabajo doméstico y el matrimonio? Si por el contrario, esta mujer abandonó su carrera técnica al contraer matrimonio y vivió penurias

---

<sup>114</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. p. 32.

económicas con su marido durante los diez años ¿desaparece el menoscabo porque el marido no tiene bienes con qué pagar la prestación compensatoria?”<sup>115</sup>. Acuña San Martín, señala que frente al patrimonio de los cónyuges, el análisis debe ser realizado con el debido cuidado y en un grado de valoración más amplia, pues una situación menoscabada de una de las partes no siempre es consecuencia de la imposibilidad señalada en el art. 61, aun cuando se presenten tales presupuestos.

### **c. La buena o mala fe.**

Se trata de un criterio subjetivo, no patrimonial, que supone una mirada retrospectiva por parte del juez y que una parte de la doctrina lo considera de carácter punitivo para la determinación de la cuantía. Así mismo, algunos autores han optado por rechazar este criterio de imputabilidad en la compensación económica debido a que la tendencia del derecho comparado ha sido su exclusión. Barcia agrega que su rechazo se debe además porque no es consecuente con el principio de la intervención mínima del Estado en la Familia y de un Derecho de Familia sustentado por derechos fundamentales.

El criterio en estudio, no determina si la *buena o mala fe* se exige para ambos cónyuges o solo para deudor o acreedor de la prestación. Al respecto, la doctrina se encuentra dividida sobre este punto. Para Turner, Acuña, Rodríguez Grez y Barcia, el criterio debe exigirse para ambos cónyuges. Este último autor, lo argumenta a través del tenor literal del precepto ya que los criterios anteriores (duración del matrimonio y situación patrimonial) se refieren a ambos cónyuges y los que siguen después del punto y coma son criterios indistintos. Gómez de la Torre, en cambio, lo considera solo exigible al cónyuge requirente que haya provocado la ruptura matrimonial. En su misma línea se encuentra González Castillo, descarta la posibilidad que este criterio se le haga exigible al cónyuge deudor de la prestación compensatoria, arguyendo al respecto: “[...] si bien pudiera pensarse que debe considerarse, dado que el art. 62 inc. 1º no distingue, ello no es atendible, primero porque así lo demuestra la historia de la ley, que

---

<sup>115</sup> TURNER Saelzer. Op. Cit. p. 47.

circunscribió la mala fe al cónyuge beneficiario, y, en segundo lugar, porque 'la única función que podría atribuirse a la mala fe del deudor es la de agravar la compensación, y ella no se compadece con la naturaleza jurídica misma de la compensación económica, que, como se sabe, persigue corregir el desequilibrio económico y prevenir un empeoramiento posterior. Una función punitiva de la compensación es inconcebible e inaceptable, ya que es bastante que la ley ponga de cargo del cónyuge la obligación legal de la compensación, como para pensar que además se le sancione. En mi opinión la mala fe del cónyuge deudor no tiene relevancia a los efectos de compensación económica"<sup>116</sup>.

Otro aspecto controversial en doctrina acerca de la buena y mala fe, se relaciona con su alcance en el divorcio y nulidad matrimonial. Pizarro, Turner, Lepin y Corral, sostienen que el criterio mencionado en el 62.1°, solo se refiere a la nulidad matrimonial y no al divorcio que fue objeto de una norma aparte en el 62.1°. De esta manera se refiere Corral: "No nos parece que pueda tener incidencia en el caso del divorcio, ya que la denegación o atenuación del derecho a compensación en caso de culpa del cónyuge beneficiario fue objeto de una norma aparte"<sup>117</sup>. Contrariamente a lo anterior, se halla González Castillo argumentando su posición con el antecedente de la historia del establecimiento de la LMC, señalando al respecto que: "El propósito, entonces, es evitar que cónyuge culpable del divorcio o que contrajo un matrimonio nulo estando de mala fe solicite compensación. Se trata de la aplicación del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que prohíbe aprovecharse del propio dolo o culpa, en este caso, al cónyuge beneficiario"<sup>118</sup>.

Rodríguez Grez, a su turno, señala que este criterio se asocia a la conducta de alguno de los cónyuges, y el análisis que debe realizar el juez en este criterio es si ha habido dolo por parte de uno de los cónyuges, tratándose de nulidad o bien ha habido una infracción a los deberes del matrimonio, si se trata de divorcio. El autor agrega que este criterio no tiene una relación causal entre el menoscabo a

---

<sup>116</sup> GONZÁLEZ Castillo. Op. Cit. pp, 78-79.

<sup>117</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. p, 33

<sup>118</sup> GONZÁLEZ Castillo, Joel. Op. Cit. 78.

compensar y el criterio en cuestión. Lo concluye diciendo: “[...] puede afirmarse que la ley puso en manos del juez un instrumento para mejorar la situación del cónyuge perjudicado cuando ha sido víctima de la mala fe del otro cónyuge, aun cuando ello no haya tenido efecto en el desequilibrio patrimonial que se trata de resolver [...]”<sup>119</sup>.

Por su parte, Barcia sostiene una nueva apreciación acerca de la *mala fe*. De esta forma arguye: “[...] La mala fe que impediría, reduciría o ampliaría la compensación económica, dice relación con el conocimiento de la causal de nulidad de matrimonio, que puede haber tenido tanto el cónyuge beneficiado, como el deudor. En el divorcio, en cambio, se puede entender que la mala fe dice relación con la mayor o menor culpabilidad que pudo haber el cónyuge beneficiario (como causal de reducción y agravación de la cuantía o extinción de la compensación económica). Esta materia está regulada en la LMC en dos partes diferentes del artículo 62 de la LMC. El primer supuesto, al que se refiere el artículo 62.1° de la LMC, es ‘*la buena o mala fe*’ (supuestos que constituyen los criterios que estamos analizando para determinar el importe) y el segundo, está regulado en el artículo 62.2° de la LMC. Esta segunda regulación se aplica respecto del cónyuge culpable del divorcio, que puede perder su derecho a la compensación o ser disminuido prudencialmente por el juez. Así, no parece razonable que el artículo 62 de la LMC recurra en dos ocasiones a la mala fe del cónyuge beneficiario, como causal de rebaja de la pensión compensatoria. Sin embargo, el inciso 2° es más restringido, en su ámbito de aplicación, que en el inciso 1°, por cuanto este procede también respecto de la nulidad. Una segunda diferencia es que en el inciso primero no solo se refiere a la mala fe, sino también a la buena fe por lo que dicho inciso considera la buena fe del cónyuge beneficiario para aumentar el importe de la compensación. Una última forma de diferenciar el ámbito de aplicación de estos incisos, que se refieren a la mala fe del cónyuge beneficiario, es entender que el artículo 62.1° de la LMC no exige la calificación del cónyuge como culpable, por cuanto dicha circunstancia estaría

---

<sup>119</sup> RODRÍGUEZ Grez. Op. Cit. p, 400.

contemplada en el artículo 62.2° de la LMC”<sup>120</sup> En otra publicación el autor además señala otros antecedentes: “[...] solo cabe concluir que la mala fe en la nulidad de matrimonio, del cónyuge beneficiario, es un criterio de disminución del ‘*quantum*’ y no de exclusión; salvo respecto del divorcio en los términos establecidos en la norma precedentemente transcrita. [...] Esta forma de entender la relación entre los dos incisos del artículo 62 de la LMC obedece además a una tendencia –que viene del derecho comparado- a excluir criterios de culpabilidad en el divorcio. Esta tendencia también está presente en nuestro Derecho a través del principio de la intervención mínima del Estado al interior de la familia, y que se traduce en una forma de interpretación restrictiva de los criterios de culpabilidad o mala fe que establece nuestra legislación”<sup>121</sup>. Contraria a esta posición está Turner, ya que resulta muy difícil o prácticamente imposible dar una relación entre este criterio y la cuantía. No obstante, la autora, se atreve a señalar que a mayor entidad de culpabilidad, menor debe ser el monto de la compensación. Sin embargo, la ley no entrega una gradualidad de la culpa por lo que no parece posible una correlación proporcional.

#### **d. La edad y estado de salud.**

Consiste en un criterio no patrimonial, objetivo y asistencial. En este último rasgo, hay consenso en doctrina, incluso para Corral, que con este criterio se trata de compensar aquella parte de alimentos que pudo haber obtenido el beneficiario de haber perdurado el vínculo matrimonial. Barcia, en tanto, reconoce que el criterio tiene un trasfondo asistencial, pero no es del todo absoluto, pues puede ser analizado con otras circunstancias de carácter resarcitorio.

Barcia afirma que la doctrina ha relacionado esta circunstancia con dos factores, que aborda de la siguiente manera: “[...] con La capacidad laboral futura y la pérdida del coste de oportunidad del alejamiento del mercado del cónyuge beneficiario. Así, por ejemplo, la edad en un deportista o en una modelo es muchísimo más relevante que en otra clase de actividades profesionales. Pero

---

<sup>120</sup> BARCIA Lehmann, y RIVEROS Ferrada. p, 270.

<sup>121</sup> BARCIA Lehmann. Op. Cit. p, 346.

también esta circunstancia se relaciona con la opción de volver a casarse, en el sentido que una persona que vuelva a casarse será nuevamente amparada por el estatuto protector del matrimonio. La circunstancia que el cónyuge beneficiario esté en una edad en que no quiera volver a casarse debe elevar la cuantía de la compensación económica. [...]”<sup>122</sup>. Turner agrega que la edad y el estado de salud, se tratan de elementos prospectivos, y que no son relevantes en sí mismos, sino que se debe analizar su influencia en las situaciones detalladas anteriormente. Además, en este sentido, se debe considerar si la enfermedad que padece el requirente es crónica o solo transitoria.

Cabe agregar, otras consideraciones que surgen alrededor de esta circunstancia. La primera, se relaciona con que para una parte de los autores nacionales, -entre ellos González Castillo y Gómez de la Torre-, trata a la edad y el estado de salud, como dos aspectos distintos o independientes. Así las cosas, se puede presentar una persona de avanzada edad y con una salud sólida, pero sin posibilidades de ingresar al mercado laboral, o bien, una persona joven y con una salud que lo inhabilite a ejercer un trabajo. Por lo tanto, se podría entender que los aspectos por sí solos podrían influenciar en la existencia y cuantía de la compensación. Otro de los aspectos a destacar dice relación con que si bien, la doctrina es conteste en referirse al criterio en estudio, solo desde la perspectiva del beneficiario. No obstante a ello, cabe agregar la posición de González Castillo acerca de la posibilidad incluir en el análisis del quantum, la edad y estado de salud del cónyuge deudor de la prestación. Sobre todo cuando este último cónyuge no tenga la capacidad para responder de la prestación, una vez establecida esta. “[...] habría sido mejor que nuestra ley en este aspecto hubiese seguido la legislación francesa (art. 271 del C.C.) y considerar no sólo la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario sino también del cónyuge deudor, razonamiento igualmente válido para el resto de los factores. Un marido senil y con precario estado de salud son circunstancias de las que el juez no puede prescindir para determinar el *quantum* de la compensación. El problema se soluciona recordando que la enunciación del art. 62, como ya se explicó, no es taxativa, de manera que no hay

---

<sup>122</sup> BARCIA Lehmann y RIVEROS Ferrada. Op. Cit. p, 266.

inconveniente alguno en extender las pautas del art. 62 también al cónyuge deudor”<sup>123</sup>.

Por último, en cuanto a la influencia de esta circunstancia con el quantum de la prestación, esta influencia se puede abordar de distintas maneras. Turner sostiene que a mayor edad y peor estado de salud del beneficiario el menoscabo será mayor, por ende la cuantía de la prestación aumentará. La autora agrega, que para evitar resultados injustos, esta circunstancia se debe analizar conjuntamente con la duración del matrimonio y la vida en común, sobre todo en casos de matrimonios celebrados por personas de edad avanzada. Además, sobre este punto Acuña propone que la edad y el estado de salud, deberían tener más influencia en la adopción de una modalidad de compensación y sobre todo en la forma de pago que se pueda fijar, para así proteger al cónyuge más débil.

#### **e. La situación del cónyuge beneficiario en materia de beneficios previsionales y de salud.**

Es otro criterio de orden asistencial que contempla el catálogo ofrecido por el art. 62.1° de la LMC. Además de ser de corte patrimonial, objetivo y en que solo se analiza la situación del cónyuge requirente de la compensación.

Turner plantea que el juez en esta circunstancia debe representarse en una situación hipotética y en la real que atraviesa el requirente en materia de beneficios previsionales y de salud. De esta forma, la autora lo aborda: “[...] el juez deberá representarse la situación previsional y de asistencia en salud que habría tenido ese cónyuge si hubiese trabajado remuneradamente durante el matrimonio y compararla con la que efectivamente tiene, proyectando hacia el futuro si ella le permite iniciar o reiniciar su vida laboral en condiciones aceptables o si cubren su inactividad forzada por la edad o estado de salud [...]”<sup>124</sup>. Similar apreciación tienen Barcia y Riveros, para quienes este supuesto tiene una aplicación general y otra excepcional. Al respecto, los autores argumentan: “[...] De una manera

---

<sup>123</sup> GONZÁLEZ Castillo. Op. Cit. p. 79.

<sup>124</sup> TURNER Saelzer. Op. Cit. p, 51.

general, conforme a la cual es necesario equilibrar los patrimonios de los cónyuges, tomando en cuenta su situación actual –conforme a su situación pasada- para proyectar hacia el futuro su situación previsional y de salud. Pero, en una segunda vertiente, este criterio se aplica en situaciones excepcionales en que el cónyuge beneficiario está en una situación de salud de desamparo, como si tiene una enfermedad terminal o está parapléjico –en la medida que se cumplen los requisitos de procedencia de la compensación establecidos en el artículo 61 de la LMC. [...]”<sup>125</sup>.

Para una parte de los autores nacionales, en este criterio el juez debe tomar en cuenta si el requirente de la compensación, goza de beneficios previsionales por concepto de jubilación y a su vez, si tiene acceso a beneficios de salud tales como Isapre, FONASA, u otro tipo de seguro médico, o simplemente no tiene beneficios de salud. Gómez de la Torre, señala que esta circunstancia se encuentra ligada a la edad del requirente, de esta forma si el requirente es de una mediana edad o mayor y no ha trabajado durante el matrimonio, será muy difícil que tenga una pensión y si la llegara a obtener no sería lo suficiente para mantenerse económicamente. Corral plantea que dentro del análisis, se debe verificar si el requirente, como consecuencia del divorcio, pierde el derecho a gozar una pensión de sobrevivencia. Sin embargo, el mismo autor reconoce que no se puede resarcir a dicho cónyuge por el monto de la pensión perdida calculada por una proyección de sus años de vida. Puesto que no se sabe si efectivamente hubiese gozado dicha pensión de no haber divorcio, solo se lo repara por la oportunidad de obtener.

En cuanto a la asimilación del derecho de alimentos como pérdida de un beneficio de seguridad social de carácter privado al tiempo de la disolución del matrimonio por divorcio o nulidad, existen dos opiniones doctrinales al respecto. Turner, citando a la jurisprudencia española al respecto, lo plantea posible incluso en los casos en que el beneficiario no ejerció el derecho de alimentos durante el matrimonio. Corral, en tanto, considera interesante tener en cuenta este aspecto,

---

<sup>125</sup> BARCIA Lehmann y FERRADA Riveros. Op. Cit. p, 267.

al respecto señala “[...] si la interpretación se estima forzada, estimamos que esta pérdida debe ser compensada al cónyuge más débil porque es claramente un beneficio del que se ve privado al menos como una chance (si hubiere tenido necesidad de ellos en la vida futura). El juez podrá acudir a la falta de taxatividad del art. 62 para tener en cuenta este factor, sobre todo si el derecho de alimentos estaba decretado judicialmente con anterioridad al proceso de divorcio”<sup>126</sup>.

Otro de los aspectos relacionados con este criterio, hace referencia con el art. 80 de la ley 20.255 de 2008 que crea el Sistema de Pensiones Solidarias. En dicha norma, de acuerdo a lo señalado por Barcia, fue la reforma legal necesaria que facultó al juez a intervenir en el fondo de pensiones del cónyuge deudor, y en que la LMC nada detalló sobre las facultades del juez en el referido fondo previsional del deudor, ni la cobertura de salud que cubría respecto del beneficiario de la compensación económica. A su turno, Lepin, aporta otra perspectiva sobre el señalado art. 80: “No se trata de una compensación distinta, sino, tal como lo señala el art. 80, ya citado, considera la situación en materia de beneficio previsionales a que se refiere el artículo 62, es decir, permite al juez cuantificar o mensurar el daño previsional, lo que de ningún modo restringe la compensación solo a los fondos que se puedan traspasar. Es decir, la demandante podrá solicitar el traspaso de hasta el 50% de los fondos y una suma determinada de dinero, en forma conjunta o una en subsidio de la otra. La reforma faculta al juez para ordenar el traspaso de fondos (se entiende en propiedad) desde la cuenta de capitalización individual del cónyuge deudor a la del cónyuge acreedor, y si este no posee una, se ordenará que se proceda a abrir una al efecto”<sup>127</sup>.

Con respecto a la influencia de este criterio en el quantum de la prestación, será que a mayor pérdida de beneficios previsionales y de salud, mayor será el montante que deberá pagar el cónyuge deudor. De acuerdo a esta propuesta elaborada por Turner va directamente en proporción al menoscabo económico causado al beneficiario.

---

<sup>126</sup> CORRAL Talciani. Op. Cit. p. 33.

<sup>127</sup> LEPIN Molina, Cristián. Op. Cit. p. 128.

#### **f. Calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral.**

La doctrina trata esta circunstancia como de carácter objetivo, asistencial, patrimonial y que se preocupa del futuro productivo del cónyuge acreedor. Barcia y Riveros, en tanto, señalan que se trata de un criterio mixto, es decir, compuesto por un sustento asistencial y resarcitorio: “[...] Es asistencial porque puede ser que el cónyuge beneficiario no esté en condiciones de ingresar al mercado a pesar de calificación profesional. Pero también es reparatorio porque al cónyuge beneficiario se le resarce por haber quedado fuera del mercado. [...]”<sup>128</sup>.

Turner, tomando en cuenta a la doctrina española, define el análisis que debe tomar el juez sobre la situación que atraviesa el beneficiario de la prestación en relación a esta circunstancia: “[...] el juez hará una labor prospectiva y marcadamente aleatoria pues debe evaluar mercados laborales esencialmente variables y en que el nivel de preparación de la persona que busca un puesto de trabajo no asegura la obtención del mismo. Tiene un claro contenido patrimonial pues debiera ilustrar acerca de lo que pudo haber obtenido el solicitante de haber trabajado remuneradamente y lo que en el futuro podría llegar a percibir. [A continuación, explica las fases que componen esta circunstancia] Consta de dos fases íntimamente relacionadas entre sí: la verificación de las posibilidades de insertarse en el mercado laboral del cónyuge beneficiario con su nivel de preparación y en el mercado específico de que se trate, y, una segunda, que consiste en precisar la cuantía de la remuneración que obtendría desempeñándose en ese trabajo. Ello conduce al resultado de si ese cónyuge puede o no satisfacer sus necesidades ejerciendo su trabajo”<sup>129</sup>. Turner demuestra que la labor del juez sobre la evaluación de esta circunstancia tiene un cierto carácter aleatorio. En esa línea, Domínguez H. ha señalado los mismos inconvenientes los mismos inconvenientes a la hora de evaluar la circunstancia. En este sentido, señala que se trata de un aspecto complejo de demostrar y que ha traído diversos problemas en los sistemas que lo adoptan, ya que no se sabe a

---

<sup>128</sup> BARCIA Lehmann y RIVEROS Ferrada. Op. Cit. p. 269.

<sup>129</sup> TURNER Saelzer. Op. Cit. pp, 52-53.

qué clase de posibilidades se refiere ¿objetivas o subjetivas?, ¿en qué mercado en el más alto en el medio?.

Por su parte, Lepin y Corral, señalan que este criterio está relacionado con la reparación de perjuicios derivados del costo de oportunidad laboral, ya que en muchas ocasiones la mujer, una vez disuelto el vínculo por divorcio o nulidad, deberá insertarse o reinsertarse en el mercado laboral, pero lo hará –según estos autores- en condiciones inferiores a las que hubiese tenido de no haberse dedicado a las labores domésticas. Los autores anteriores, no detallan ningún tipo de cálculo sobre ese costo ni otras consideraciones. Tapia al referirse al tipo de relación como pérdida de oportunidad, señala que su propósito es sólo compensarlo por las chances de obtener un trabajo, pero no es una suma que equivalga a un sueldo porque es imposible determinarlos y asegurar que efectivamente lo habría ejercido de no contraer matrimonio. Quizás, tomando en cuenta este recaudo, Barcia hace un siguiente planteamiento en su vertiente reparatoria para establecer el quantum indemnizatorio: “[...] esta circunstancia no corresponde a una suma equivalente a lo que habría recibido el cónyuge beneficiario si hubiese podido trabajar, sino en una prestación que permita su retorno. Por ejemplo, podría ser parte de la compensación económica un programa de postgrado, que se concede al cónyuge beneficiario y que le permitiría actualizarse y valerse por sí mismo en el futuro. Turner es de la opinión que estos dos elementos, que permiten analizar la situación del cónyuge beneficiario, se deben descomponer. Ello permite distinguir, siguiendo a la doctrina española, entre desequilibrio económico perpetuo y coyuntural. Este último desequilibrio es temporal y, por ende, limitado en el tiempo”<sup>130</sup>.

A su turno, González Castillo, a diferencia de lo que piensa gran parte de los autores, demuestra que la mirada del juez sobre este criterio no siempre debe amarrarse hacia el futuro, sino también debe existir una mirada retrospectiva. Esto dependerá si se trata de un requirente que carece calificación profesional o si se trata de uno que si la posee. De acuerdo a donde se coloque la mirada, influirá en

---

<sup>130</sup> BARCIA Lehmann y Riveros Ferrada. Op. Cit. p, 269.

el quantum de la compensación económica. Al respecto argumenta: “[...] En mirada prospectiva, carecer de un título o alguna cualificación profesional puede implicar un grave obstáculo al cónyuge para poder reinsertarse en el mundo laboral y generar ingresos que lo sustenten. Por ende, se justificaría en tales casos una mayor compensación económica. Pero desde un punto de vista retrospectivo, se ha dicho que lo que se pudo dejar de percibir es mucho mayor tratándose de un cónyuge que postergó el ejercicio de una profesión u oficio calificado frente a uno que no hubiere tenido especialidad alguna”<sup>131</sup>.

Lo que queda demostrado, a través de lo expuesto por los distintos autores, es que tener un título o un grado de calificación profesional, no asegura una reinserción al mercado laboral, pues pesan otros factores como actualización de conocimientos, falta de perfeccionamiento o inclusive, el factor expuesto por autores como Gómez de la Torre y Acuña, que han relacionado esta circunstancia con la edad del requirente y su estado de salud, ya que las posibilidades de reinserción al mundo laboral, no solo dependen de sus aptitudes o calificaciones profesionales sino también de la edad que tenga el acreedor de la compensación.

En cuanto a la influencia de esta circunstancia sobre el monto de la compensación económica, se plantea que a menores posibilidades de insertarse o reinsertarse en el mercado laboral en relación con su calificación profesional, mayor será el menoscabo económico sufrido, y por ende el quantum debe ser mayor.

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

Consiste en una circunstancia de carácter objetivo, patrimonial y que se detiene en el análisis del cónyuge acreedor de la prestación. Tiene su inspiración del Tribunal Supremo español. Turner señala que no se trata un criterio asistencial ni resarcitorio, sin embargo, Barcia cree que en apariencia se trata de un criterio reparatorio.

---

<sup>131</sup> GONZÁLEZ Castillo. Op. Cit. p, 81.

Distintos autores en la doctrina explican que esta circunstancia tiene la particularidad de alejarse del alejarse del propósito expresado por el art. 61 de la LMC, y que por consiguiente, apunta a reparar el enriquecimiento injusto que ha sido objeto el requirente de la prestación. De esta manera Rodríguez Grez señala: “[...] Este antecedente sí que se halla referido al menoscabo efectivo que se trata de compensar, extendiéndose el beneficio más allá del presupuesto descrito en el artículo 61 de la LMC, puesto que busca reparar un enriquecimiento injusto derivado del trabajo colaborativo del cónyuge titular de este derecho”<sup>132</sup>. En igual línea se encuentra Barcia, señalando al respecto: “[...] Este criterio difiere de los anteriores, ya que no guarda una relación directa con que el cónyuge beneficiario se haya dedicado a las labores del hogar o de crianza de los hijos, sino precisamente en que su trabajo ha ayudado al desequilibrio patrimonial –es decir, le ha generado un menoscabo producto de un enriquecimiento injusto del cónyuge deudor-.”<sup>133</sup>

El análisis que el juez debe realizar sobre esta circunstancia es a través de una mirada retrospectiva de la situación. Tapia señala que se debe tener en cuenta, además, la duración de convivencia de los cónyuges. Por su parte, Acuña agrega que dicha convivencia debe tener el carácter de efectiva.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir el requirente de la prestación sobre esta circunstancia, Barcia los expone de la siguiente forma: “(i) El trabajo, realizado por el cónyuge beneficiario, debe servir para sustentar un trabajo oneroso del cónyuge deudor. (ii) El trabajo que da lugar a esta compensación no debe ser en el hogar común, ni corresponder al cuidado de los hijos. (iii) Se debe tratar de una colaboración específica”<sup>134</sup>.

La doctrina, en general, está de acuerdo con los requisitos anteriormente citados. Sin embargo algunos autores entregan otros detalles. Lepin y Acuña, concuerdan que dicha colaboración debe ser gratuita, es decir, sin recibir retribución alguna

---

<sup>132</sup> RODRÍGUEZ Grez. Op. Cit, p, 401.

<sup>133</sup> BARCIA Lehmann. Op. Cit. p, 347.

<sup>134</sup> id.

como sueldo, salario o dieta, entre otros. La segunda autora, además agrega que la colaboración debe ser distinta a la configurada por el art. 61 de la LMC y distinta a la vez, del deber personal de socorro y auxilio mutuo, propio del matrimonio y que configura sus fines. Otros autores, por su parte, detallan que la colaboración realizada no es simplemente para sustentar el trabajo oneroso del otro, sino puede implicar un desarrollo profesional, industrial o laboral del cónyuge deudor, de esta manera lo explican Barrientos y novalés: “[...] en este evento las fuerzas y actividades de uno de los cónyuges no se desplegaron en beneficio propio, sino en pro del desarrollo profesional y laboral del otro, con la especial circunstancia de tener que considerarse que aquí dicho cónyuge puede haber llegado a cumplir hasta el extremo su deber de ‘ayudo’ al otro”<sup>135</sup>.

Por su parte Corral acepta dentro de los requisitos, -aunque sin especificar o detallar un ejemplo concreto-, que puedan considerarse las labores del hogar desplegadas por el requirente, como colaboración al otro cónyuge para desarrollar su trabajo. El autor incluye dentro de esta partida la valoración del trabajo doméstico efectivamente realizado por la mujer, que en su consideración, no lo toma en cuenta el art. 61 de la LMC<sup>136</sup>.

Por último, en cuanto a la influencia de este criterio con el montante de la compensación, la doctrina es conteste en aceptar el planteamiento de Turner sobre este aspecto, tomando en consideración los frutos obtenidos por el cónyuge requirente a consecuencia de la colaboración prestada al otro. Su planteamiento consiste en: “La relación consistente en que a mayor colaboración prestada mayor es el menoscabo sufrido es sólo parcialmente correcta porque los frutos de esa colaboración pueden haber sido compartidos entre ambos cónyuges. Por

---

<sup>135</sup> BARRIENTOS Grandon y NOVALES Alquézar. Op. Cit. p, 427.

<sup>136</sup> Nota referencial n° 5: Cabe recordar que para Corral el menoscabo económico puede surgir del art. 61 o en alguna de las circunstancias del art. 62.1° de la LMC. A su vez, al art. 61 de la LMC lo trata como un criterio más para determinar la cuantía de la compensación económica, en que de acuerdo a su consideración, sólo contempla el probable ingreso del trabajo no desarrollado y no el ingreso del trabajo efectivamente realizado, el que se contemplaría –según Corral- en esta partida. En contra, Acuña “el trabajo doméstico realizado es específico y se refiere al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y nada tiene que ver con la colaboración en actividades lucrativas del otro cónyuge, por tanto, no puede mensurarse en base a ello; por otro lado, provoca el absurdo de dejar sin estimación dicho trabajo si se prueba que no hubo colaboración en las referidas actividades lucrativas. Acuña San Martín. Op. Cit. p, 332.

consiguiente, el cónyuge colaborador deberá descontar del menoscabo sufrido la parte que cedió en su propio beneficio”<sup>137</sup>.

#### **3.2.4. ¿Hacia dónde se enfoca la mirada?**

Este tema ha sido planteado por algunos autores en la doctrina y dice relación con el momento a que debe atenderse para determinar el quantum de la prestación. Es decir, si la mirada debe estar puesta al pasado o bien, al presente y futuro de la situación del requirente para determinar la cuantía de compensación económica.

En este sentido, Turner señala que, a partir del art. 61 de la LMC, hay dos momentos fundamentales para determinar el quantum de la prestación: uno es al momento en que se contrae matrimonio y el otro es al momento en que se declara el divorcio o nulidad matrimonial; pero esta regla se modificará conforme a los parámetros establecidos por el art. 62.1 de la LMC. Para Barcia, entendiendo la visión de la autora citada, señala: “Ello se debería fundamentalmente a la utilización de las palabras ‘durante’, que hace referencia al momento en que se contrae matrimonio, y ‘cuando’ que se refiere al momento del divorcio y nulidad. [...] La distinción que efectúa la autora precedente, es relevante, por ello siguiendo a TURNER, si una madre renuncia a su trabajo para encargarse de un hijo extramatrimonial y luego, de casarse con el padre, se divorcia de éste, en consideración a los momentos a que hace referencia el artículo 61 de la LMC, no procedería la compensación económica; pero si se aplica alguno de los criterios indicados en el artículo 62 de la LMC si tiene derecho a compensación”<sup>138</sup>.

Por su parte Vidal y Pizarro, plantean al respecto que la mirada futura es importante, pero no fundamental para determinar el monto de la prestación. Puesto que, la compensación no tiene por finalidad restaurar equilibrios patrimoniales como sucede en la legislación española y francesa, su fin es otro, es resarcitorio –según estos autores- por lo que exige focalizar su mirada al pasado de la relación conyugal. En esta línea Acuña, siguiendo la visión de Pizarro,

---

<sup>137</sup> TURNER Saelzer. Op. Cit. p, 56.

<sup>138</sup> BARCIA Lehmann. Op. Cit. p, 349.

sostiene que nuestro derecho busca corregir la carencia, resarcir un menoscabo específico, compensar una situación económica desmedrada que tiene causas concretas y específicas. Siguiendo el planteamiento de Vidal y Pizarro, agregan: “[...] Lo que viene en la vida del beneficiario no se excluye, pero no constituye la función esencial de la compensación, siendo la cuantía el resultado de la mirada hacia el pasado corregida por los criterios o parámetros previstos por el legislador que sitúan al juez en el presente con el fin de mirar hacia el futuro”<sup>139</sup>. Acuña, siguiendo la visión de Pizarro hacia el pasado,

Por lo tanto, para estos autores la mirada clave está en el pasado de la relación, esto es en el sacrificio realizado por uno de los cónyuges en pro de la familia común y que una vez disuelto el matrimonio, carece de justificación. Ahí se encuentra la base fundamental y punto de partida de la cuantificación. A su vez, reconocen que los criterios del 62.1° de la LMC miren al presente y futuro de la relación conyugal. Sin embargo, a continuación señalan su forma de su aplicación: “[...] Ahora, nos parece que la forma apropiada de utilizar dichos criterios, asumido el carácter resarcitorio del empobrecimiento injustificado y superada la fase de acreditación, consiste en considerarlos para mensurar el sacrificio patrimonial cada criterio debe colocarse en una perspectiva tal que permita observar si concurre un mayor o menor menoscabo. Así, por ejemplo, si el solicitante dedicó quince años de su vida a las tareas del hogar y el cuidado de los hijos y se encuentra sin previsión, deberá concluirse que el menoscabo es significativo. No por la razón que se pretenda reconocerle una previsión hacia el futuro, sino porque su sacrificio significó la exclusión de un sistema previsional a su favor. Si se trata de uno de avanzada edad y un estado de salud frágil, el sacrificio debe valorarse con mayor entidad. Esta circunstancia está atada al pasado, a la convivencia efectiva. [...] En sentido inverso, puede ocurrir que el pasado en la relación conyugal le excluya en forma íntegra, pues, si bien el futuro se ve precario, el menoscabo es irrelevante para justificarla. Esto ocurrirá en forma usual en matrimonios de escasa duración, lo cual puede asociarse a una situación económica del solicitante. En consecuencia, aunque dichas circunstancias miran

---

<sup>139</sup> PIZARRO Wilson y VIDAL Olivares. Op. Cit. p, 80.

hacia el futuro, la forma en que deben operar está orientada a mensurar el menoscabo ya padecido por el solicitante. [...]”<sup>140</sup>

Lepin, a su turno, agrega otros argumentos para entender que la mirada al pasado es la adecuada, como así mismo critica la visión futura que pueda plantearse. Al respecto expone que: “[...] la misma noción de compensación implica sólo una mirada al pasado. La duración del matrimonio, criterio utilizado por el art. 62 NLMC; el límite establecido para el traspaso de fondos de pensiones, del art. 80 Ley N° 20.255, corroboran lo expresado. La mirada hacia el futuro está fuertemente influenciada por el carácter asistencial que se le asigna a la compensación económica, una especie de pensión de alimentos, como se ha analizado en el apartado de la naturaleza jurídica, visión incompatible con la naturaleza resarcitoria, y con los artículos 61 a 66 NLMC. A modo de ejemplo, se podría considerar la situación en materia de beneficios previsionales como un caso típico de orientación hacia el futuro; sin embargo, el mencionado art. 80 Ley N° 20.255 faculta al juez la facultad de traspasar los fondos acumulados por el cónyuge deudor durante el matrimonio, lo que refuerza nuestra interpretación”<sup>141</sup>.

En una posición distinta a las expuestas anteriormente se encuentra González Castillo. Este autor critica la visión al pasado para determinar el montante de la compensación, señalando que el menoscabo a que se refiere el art. 61 de la LMC no se puede identificar con lo que se dejó de ganar o recibir, porque esto será compensado con lo que el requirente reciba por concepto de mitad de gananciales o crédito de participación, dependiendo del régimen al cual estuvo casado. Por lo tanto, de equivaler la compensación a lo que la mujer dejó de percibir por dedicarse a la familia, se estaría confundiendo dos instituciones distintas: gananciales y compensación. Otro argumento que explica el referido autor, es que la compensación no puede equivaler a ‘lucro cesante’ experimentado por la mujer, ya que si así fuera se trataría de ingresos o bienes adquiridos a título oneroso que

---

<sup>140</sup> Ibid. pp. 81-82.

<sup>141</sup> LEPIN Molina. Op. Cit. p, 132.

entrarían al haber absoluto de la sociedad conyugal y el marido se llevaría la mitad de dichos bienes.

Por lo que González Castillo, propone mirar hacia el futuro a fin de determinar el quantum de la prestación. De este modo arguye: “Si se observan los parámetros del art. 62, éstos están más bien centrados en la situación actual del cónyuge beneficiario y su vida futura. Si el legislador hubiere entendido la compensación como lo que la mujer dejó de percibir, entonces no tenía sentido haber incorporado algunos criterios que claramente miran a la situación actual y futura de ella. Si bien se debe mirar hacia atrás, esto es, desde el inicio del matrimonio y hasta la fecha en que éste terminó, el propósito primordial es compensar el efecto del menoscabo futuro”<sup>142</sup>. Ayudan a esta visión de futuro, tener en cuenta los principios de autosuficiencia y solidaridad pos divorcio tomados desde el derecho de familia europeo. A lo cual desarrolla: “[...] para nosotros el punto de partida al momento de decidir sobre la procedencia de la compensación y su cuantía es la capacidad de autosuficiencia económica que tendrán los cónyuges después del divorcio; por lo mismo, la capacidad para generar ingresos y los bienes que se tengan es lo relevante (de ahí que los principales factores que el juez debe considerar son la situación patrimonial de los cónyuges, su cualificación profesional y posibilidades de reinserción en el mercado laboral). Si se tienen condiciones económicas para enfrentar el futuro, sea por calificación profesional que se detente o por bienes que se tengan –a cualquier título-, no habrá lugar a la compensación. Si ha habido una disminución o pérdida parcial de las aptitudes laborales (por no ejercicio de la profesión u oficio, falta de perfeccionamiento, etc.), la compensación debiera fijarse y durar en función de lo necesario para restablecer dicha capacidad. Lo que no hay que descuidar en absoluto es la conciliación entre el principio de autosuficiencia recién dicho y la solidaridad postdivorcio que los ex cónyuges se deben. Por ello, si la mujer no tiene bienes suficientes o no es posible su reinserción laboral por su edad, el número de hijos, edad de éstos, porque no tiene calificación alguna o por cualquier otra circunstancia, entonces la compensación, por la solidaridad que generó el

---

<sup>142</sup> GONZÁLEZ Castillo. Op. Cit. p. 88

matrimonio, debe ser tal y cubrir todo aquello que le permita llevar un vida digna y en la medida de lo posible acorde con las condiciones que se tenían antes de la ruptura matrimonial<sup>143</sup>.

### **3.2.5. Conclusión parcial.**

Más allá de los distintos planteamientos que la doctrina nacional ha formulado en torno al quantum de la prestación y sus criterios expresados por el art.62.1º LMC, queda en evidencia que se trata de un ejercicio eminentemente práctico y ajeno a un simple cálculo matemático. Por lo tanto, la determinación de la cuantía, siempre quedará sujeta a la realidad conyugal en que se desenvuelve la familia. Es por esto último que surge la necesidad de mayor transparencia y publicidad de los argumentos que se tuvieron en vista por nuestros tribunales de justicia para determinar el monto de la compensación, a fin de unificar los montos y criterios en casos de rupturas matrimoniales con rasgos similares, en la medida de lo posible.

En efecto, el camino debiese ser la modificación legal que exija la presencia de argumentos en los fallos que se determinan montos, o bien, obtener un compromiso de parte del poder judicial a fin de transparentar dichos argumentos y no caer en misterios judiciales en tono al quantum de la prestación.

---

<sup>143</sup> Ibid. p, 89.

## **CONCLUSIONES FINALES.**

A partir del estudio desarrollado en las páginas precedentes de esta memoria, acerca del menoscabo económico y el quantum indemnizatorio de la prestación, es dable consignar las siguientes conclusiones al respecto:

1) La figura del menoscabo económico se alza como el presupuesto esencial de la compensación económica, de esta manera lo ha catalogado la doctrina y jurisprudencia nacional. A pesar del carácter esencial que reviste el menoscabo económico, no hay unidad entre los autores para entender el contenido de dicho presupuesto. Sin embargo, siguiendo a Rodríguez, Barcia y Riveros, podemos afirmar que el instituto de la compensación económica pretende reparar un supuesto único y específico, como es la situación de desventaja en que queda uno de los cónyuge debido a la distribución de roles asumidos por ellos al interior de la familia. Por tanto, la figura del menoscabo económico, viene dada por una situación de desventaja del cónyuge más débil de la relación. Lo anterior, no excluye que alguno de los cónyuges pueda demandar otro tipo de indemnizaciones, pero estas no pueden ser hechas por la vía de la compensación económica, ni tramitadas en los tribunales de familia. El planteamiento anterior, debiera ser el que se imponga a través del tiempo, puesto que, la compensación económica pertenece al derecho de familia y, como tal, se sustenta en principios distintos que los consagrados en el derecho patrimonial.

2) Para verificar las causas concurrentes del menoscabo económico es menester hacer un análisis preliminar a este, que se relaciona con la interpretación que pueda entregarse a los arts. 61 y 62.1° LMC. Lo anterior, se debe a que ambos preceptos exigen la concurrencia del menoscabo económico.

En ese contexto y de acuerdo con lo señalado en las páginas precedentes, existen tres teorías en torno a dicha relación de normas. No obstante a esto, consideramos que la postura más adecuada es aquella creada por Susan Turner, puesto que con esta relación, podemos dar un sentido eficiente a las dos funciones señaladas en el art. 62.1° y producir efectos normativos útiles con el art.

61. De esta forma, las circunstancias expresadas en el art. 62.1º determinan la existencia del menoscabo patrimonial y, así mismo, fijan la cuantía de la prestación. Es decir, más que mero criterios cuantificadores, actúan como elementos constitutivos del menoscabo económico. En efecto, mirado desde otra perspectiva, el artículo 62, supone la concurrencia previa de los elementos básicos establecidos en el referido artículo 61 de la LMC, por lo que si éstos no se dan, no resulta procedente entrar a ponderarlos para determinar la existencia o inexistencia del menoscabo económico y, en consecuencia, la cuantía de una compensación económica que no existirá.

Esta doble función que se le entrega al art. 62.1º de la LMC, conduce a una interpretación racional y teleológica de la compensación económica, en la medida que exige del cónyuge solicitante la acreditación de circunstancias configuradoras del menoscabo alegado y delimita el menoscabo compensable al derivado de la ponderación de las diversas circunstancias.

Sin perjuicio de lo señalado en este punto, se hace necesario el camino de la modificación legal de ambos arts. Con el fin de entregar una interpretación unánime y armónica en la doctrina y jurisprudencia.

3) De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, las causas concurrentes del menoscabo económico son únicamente: i) que el requirente se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común; ii) que a consecuencia de lo anterior, no haya podido realizar una actividad lucrativa o de haberla realizado fue en menor medida de lo que quería y podía; iii) que ambas circunstancias copulativas, hayan generado el menoscabo económico, al tiempo de declararse el divorcio o nulidad matrimonial.

Igualmente cabe reiterar que, el menoscabo económico no resulta naturalmente de la concurrencia del supuesto típico del artículo 61 de la LMC, sino que debe justificarse y ello presupone la consideración de todas las circunstancias o factores del artículo 62 de la LMC. Tales circunstancias o factores son esenciales para determinar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación.

4) La compensación económica puede fijarse ya sea, convencional o judicialmente. En una o en otra, se debe cumplir con los requisitos, formalidades y oportunidades que la LMC exige para determinarla. Así mismo, el juez dará su aprobación en la sentencia definitiva en que declara divorcio o nulidad, teniendo siempre en cuenta la protección del cónyuge más débil de la relación.

5) El régimen patrimonial se encuentra íntimamente ligado con la situación patrimonial de los cónyuges y con la concurrencia del menoscabo económico. Sobre esta relación, existen distintas posiciones antagónicas en la doctrina nacional. Independientemente de lo anterior y, considerando que la ley no obliga al juez a proceder con la liquidación del régimen, este igualmente deberá realizar un análisis real o ficticio sobre el resultado de la liquidación y cómo este repercute en los patrimonios de los cónyuges, puesto que, la presencia de gananciales en la liquidación de una sociedad conyugal o en el crédito de participación, pueden influir en la procedencia del menoscabo, dejando poco margen para que opere la compensación económica. Sin embargo, cuando la compensación económica tenga un sustento netamente asistencial, deberá concederse igualmente atendiendo a las necesidades del requirente, pero en estos casos, se tomará en cuenta la situación patrimonial del deudor de la prestación.

6) El quantum de la prestación, es la etapa más compleja que deben asumir los jueces, luego de que se acreditan los presupuestos de la compensación económica. Es compleja por diversas razones, una de ellas porque es prácticamente imposible conceder un monto proporcional o equivalente al menoscabo económico ocasionado. Es por aquella razón, que algunos autores asimilan la dificultad en la evaluación del menoscabo con la presentada en el daño moral, aunque alguna autora agradece que el legislador entregue mayor precisión con los criterios que el tribunal debe tener en cuenta al momento de fijar la compensación. Otras dificultades que se atraviesan al momento de la cuantificación, es que en los fallos de los tribunales no se demuestran argumentos para llegar a tal o cual monto de compensación, solo se limitan a enunciar los criterios utilizados. Así mismo la doctrina no ha podido entregar una fórmula única

para determinar el monto, con la excepción de la propuesta elaborada por Vidal y Pizarro, la cual ha sido objeto de crítica por distintos sectores de la doctrina.

Ante estas dificultades que se presentan en la cuantía, se puede señalar que se trata de un ejercicio eminentemente práctico y que, por ende, varía de caso en caso. Además no se trata de un simple ejercicio matemático, tendiente a reequilibrar patrimonios porque igualmente se debe considerar el patrimonio del cónyuge deudor al momento de establecer el monto de la compensación económica. En efecto, la suma que puedan determinar los tribunales debe ser –en lo posible- suficiente para reparar la desventaja que se produjo al interior de la relación conyugal hacia el requirente y que le permita auto sustentarse en la vida futura.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el camino adecuado para mitigar las dificultades en torno al quantum, será la modificación legal para exigir argumentos en los fallos pronunciados por los tribunales, o bien, que exista un tipo de compromiso por parte del poder judicial, en orden a compartir argumentos y criterios entre los distintos jueces de familia, a fin de unificar criterios en casos con características similares.

7) Los criterios enunciados por el art.62.1° de la LMC, son la única herramienta que entregó el legislador a los jueces para determinar la cuantía de la prestación. Los criterios expresados por el referido precepto son, ejemplares o no taxativos, heterogéneos y, que la doctrina los ha clasificado de distintas maneras en atención a su dispar entidad. Esto último no contribuye a facilitar la tarea de encasillar dogmáticamente la prestación. Se destaca, que de dichos criterios, el juez no está obligado a utilizar todos para cuantificar la prestación, sino que los más acorde a la situación concreta que se somete a su análisis.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

ABELIUK Manasevich, René. Las Obligaciones. Tomo II. [En línea] Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile. 2009. VLex libros [Fecha de consulta: 2 de julio 2014] Disponible en: <<http://vlex.com/source/obligaciones-tomo-ii-5482>>

ACUÑA San Martín, Marcela. Efectos Jurídicos del Divorcio. Santiago de Chile. Legal Publishing, Abeledo Perrot: Thomson Reuters, 2011. 461 p.

BARAONA González, Jorge. Compensación económica en el divorcio. Análisis de los artículos 61 y 62 de la nueva ley de matrimonio civil. En: Lepin Molina, Cristián Y Muñoz Villagra, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago. LegalPublishing: Thomson Reuters, 2013.

BARCIA Lehmann, Rodrigo y RIVEROS Ferrada, Carolina. El carácter extrapatrimonial de la compensación económica. Revista chilena de Derecho [En línea]. 2011, 38(2) [Fecha consulta: 29 julio de 2014], pp. 249-278. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071834372011000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372011000200004&lng=es&nrm=iso)>.

BARCIA Lehmann, Rodrigo. El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia. [En línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad católica de Vaparaíso, (37), 2° semestre 2011, pp. 93-113. [Fecha de Consulta: junio 2014] Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512011000200002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000200002&lng=es&nrm=iso)>.

BARCIA Lehmann, Rodrigo. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia. Santiago, Chile. Punto lex: Thomson Reuters, 2011. 572 p.

BARRIENTOS Grandón, Javier y NOVALES Alquézar, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno: Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad. Santiago: Lexis Nexis, 2004.

BARRIENTOS Grandón, Javier. La compensación económica como “derecho” de uno de los cónyuges y “obligación” correlativa del otro. De sus caracteres. [En línea] Revista chilena de derecho privado, N° 9, pp. 9-44, diciembre 2007. [Fecha consulta: Junio 2014] Disponible en:

<[http://www.fundacionfueyo.cl/revista/9\\_revista\\_fundacion\\_fueyo.pdf](http://www.fundacionfueyo.cl/revista/9_revista_fundacion_fueyo.pdf)>

BOLETÍN N° 1759-18. [En línea] Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Segundo trámite constitucional. [Fecha consulta: 29 mayo 2014.] Disponible en:

<[http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=1759-18](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=1759-18)>

CESPEDES Muñoz, Carlos. El momento de valoración del menoscabo en la compensación económica. Revista de derecho universidad católica de la santísima concepción, facultad de derecho, (21): 95-101, julio, 2010.

CÓDIGO Civil de Chile. DFL N° 1. Ministerio de Justicia. [En línea] [Fecha de consulta: julio 2014] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/N?i=172986&f=2014-10-10&p=>>>.

CONSTITUCIÓN Política de la República. Decreto 100. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. [En línea] [Fecha consulta: Julio de 2014] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2014-05-02&p=>>>.

CORRAL Talciani, Hernán. Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial. La Semana Jurídica, (320): 6-7, diciembre, 2006.

CORRAL Talciani, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho [En línea] 2007, 34 (Enero-Abril): [Fecha de consulta: 3 de mayo 2014] Disponible en:

<<http://redalyc.org/articulo.oa?id=177014515003>> ISSN 0716-0747

COURT Murasso, Eduardo. Nueva ley de matrimonio civil: Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada. Santiago, Chile: Legis, Universidad Adolfo Ibáñez, 2004. 168 p.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil. En: Lepin Molina, Cristián y Muñoz Villagra, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago: Legal Publishing: Thomson Reuters, 2013. pp. 205-217.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. En: Lepin Molina, Cristián y Muñoz Villagra, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago: LegalPublishing: Thomson Reuters, 2013. pp. 57-84.

EL MERCURIO LEGAL. [En línea] Santiago, Chile. [Fecha de consulta: octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/legal/revistalegal/index.aspx>>

GOMEZ de la TORRE Vargas, Maricruz. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. En: Lepin Molina, Cristián y Muñoz Villagra, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago: LegalPublishing: Thomson Reuters, 2013. pp. 85-100.

GONZÁLEZ Castillo, Joel. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Santiago de Chile: jurídica de Chile, 2012. 172 p.

GUERRERO Becar, José. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil. En: Lepin Molina, Cristián y Muñoz Villagra, Karen. Compensación económica doctrinas esenciales. Santiago: LegalPublishing: Thomson Reuters, 2013. pp. 123-166.

GURRERO Becar, José Luis. Menoscabo y compensación económica: justificación de una visión asistencial. Rev. Derecho (Valdivia) [En línea]. 2008, vol.21, n.2 [Fecha de consulta: 29 agosto 2014], pp. 85-110. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502008000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200004&lng=es&nrm=iso)>.

LEPIN Molina, Cristián. La compensación económica efecto patrimonial de la terminación del matrimonio. [En Línea]. Santiago de Chile: Universidad de Chile – Lepín Molina, Cristián Luis, 2010-17. [Fecha de consulta 27 de julio de 2014]. Disponible en <<http://www.captura.uchile.cl/Handle/2250/15698>>

LEY N° 19.947. CHILE. Matrimonio Civil. [En línea] Santiago, 17 de mayo 2004a. [Fecha consulta: Abril 2014] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/N?i=225128&f=2013-06-21&p=>>.

LEY N° 19.968. CHILE. Crea los Tribunales de Familia [En línea] 30 de agosto 2004b. [Fecha consulta: Abril 2014] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/N?i=229557&f=2010-12-18&p=>>.

ORREGO Acuña, Juan Andrés. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. [En línea] Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae. Año VIII, N° 8. 2004. [Fecha de consulta: Septiembre 2014] Disponible en: <<http://www.juanandresorrego.cl/publicaciones>>

ORREGO Acuña, Juan Andrés. Temas de Derecho de Familia. Santiago, Chile: Metropolitana, 2007. 452p.

PIZARRO Wilson, Carlos y VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2009. 157p.

PIZARRO Wilson, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena. [En línea] Revista chilena de derecho privado N° 3, diciembre 2004. [Fecha consulta: Agosto 2014] Disponible en: <<http://www.fundacionfueyo.cl/articulos/carlos-pizarro/compensacioneconomica.pdf>>

PUNTOLEX. Jurisprudencia de la compensación económica en el divorcio. Santiago, Chile: Puntolex Thomson Reuters, 2010. 322 p.

QUINTANILLA Villa, María Soledad. Aplicación jurisprudencial de las nuevas causales de terminación del matrimonio. [En línea] Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (31), 2º semestre 2008. 267-268 pp. [Fecha de consulta: Junio 2014] Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512008000200006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200006&lng=es&nrm=iso)>.

RAMOS Pazos, René. Derecho de Familia. Tomo I. [En línea] Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile 2009. VLex libros [Fecha de consulta: Julio 2014] Disponible en: <<http://vlex.com/source/obligaciones-tomo-ii-5482>>

REAL Academia Española. Diccionario de la lengua española (DRAE). [En línea] [Fecha de consulta: julio 2014] Disponible en: <<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>

RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Ley de matrimonio civil: interpretación, efectos e insuficiencia. Actualidad jurídica, 10(20): 365-444, julio 2009.

RODRÍGUEZ Pinto, María Sara. La compensación económica por nulidad o divorcio. [En línea] Revista del Abogado, agosto 2014, N° 61. [Fecha de consulta: octubre 2014] disponible en: <<http://www.colegioabogados.cl/>>.

SAURA Alberdi, Beatriz. La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2004. 350 p.

SEGURA Riveiro, Francisco. La compensación económica al cónyuge más débil. [En línea]. Revista de derecho, Universidad de Concepción. Julio-Diciembre 2003. N° 214. [Fecha de consulta: Septiembre 2014] Disponible en: <<https://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2832>>

TAPIA Rodríguez, Mauricio. Compensación económica. Las incertidumbres comienzan a disiparse. La Semana Jurídica, (319): 2-3, diciembre de 2006a.

TAPIA Rodríguez, Mauricio. La compensación económica en la ley de divorcio. La semana jurídica, (271): 4-5, enero de 2006b.

TURNER Saelzer, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2004, vol.16 [citado 6 de agosto 2014], pp. 83-104. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502004000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100004&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0950. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000100004>>

TURNER Saelzer, Susan. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas. *Revista Chilena de Derecho* [en línea] 2005, 32 (Septiembre-Diciembre): [fecha de consulta: 30 abril de 2014] ISSN 0716-0747 Disponible en: <<http://redalyc.org/articulo.oa?id=177021328002>>

TURNER Saelzer, Susan. Procedencia y función de la compensación económica del divorcio en la jurisprudencia. [En línea] *Revista del abogado*. Abril 2008. N° 42. [Consulta: 14 Julio 2014] Disponible en: <<http://www.colegioabogados.cl/>>.

TURNER Saelzer, Susan. Los requisitos de procedencia de la compensación económica en la jurisprudencia nacional. En: García Rubio, María Paz. *Compensación económica por divorcio o nulidad, cuadernos de análisis jurídicos. Colección de derecho privado V*. Santiago, Chile: Ed. Universidad Diego Portales, escuela de derecho; 2009. 119-133 pp.

TURNER Saelzer, Susan. Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: Naturaleza y función. En: Lepin Molina, Cristián y Muñoz Villagra, Karen. *Compensación económica doctrinas esenciales*. Santiago: LegalPublishing: Thomson Reuters, 2013. 33-56 pp.

VELOSO Valenzuela, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica. En: Lepin Molina, Cristián y Muñoz Villagra, Karen. *Compensación económica doctrinas esenciales*. Santiago: Legalpublishing. Thomson Reuters, 2013. 101-122 pp.

VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica en la ley de matrimonio civil ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?, [en línea]. *Revista*

de derecho, Universidad de Concepción. Enero-Junio 2004. N° 215-216.

[Consulta: 21 de agosto 2014] Disponible en:

<[www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2855](http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2855)>

VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica en el divorcio: ¿las incertidumbres se disipan?. La semana jurídica, (321): 3 p., Enero, 2007.

VIDAL Olivares, Álvaro. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. [En línea] Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2° semestre 2008. N° 31. [Fecha de consulta: junio 2014] Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512008000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200007&lng=es&nrm=iso)>.

VIDAL Olivares, Álvaro. El menoscabo económico como elemento central de la compensación económica. En: Garcia Rubio, María Paz. Compensación económica por divorcio o nulidad. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de derecho, 2009a. 135-147 pp.

VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica. En: Garcia Rubio, María Paz. Compensación económica por divorcio o nulidad. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de derecho, 2009b. 17-78 pp.

VLEX. Sitio de internet. [En línea] [Fecha consulta: mayo 2014] Disponible en: <<http://vlex.cl/>>.

ZARRALUQUI Sánchez-Eznarriaga, Luis. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio. 2ª.ed. Valladolid, España: Lex Nova. 2003. 481 p.

ZAVALA Ortiz, José Luis y MONTECINOS Fabio, Carolina. Jurisprudencia de divorcio. Santiago, Chile: Puntotex, 2006. 344 p.