

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL: TRES CUESTIONES DOGMÁTICAS*

SUSAN TURNER SAEZER**

RESUMEN: El trabajo aborda algunas de las cuestiones dogmáticas que plantea la consagración de la compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil. Se trata, en primer lugar, el problema de la delimitación del efecto extintivo que, de acuerdo con el art. 60 de la mencionada ley, produce el divorcio, con el objeto de determinar, consecuentemente, el ámbito de aplicación del efecto compensatorio de la prestación. A continuación, el análisis recae en la eventual relación existente entre los art. 61 y 62 de la ley citada, de manera de establecer los presupuestos de derecho de la compensación económica. Por último, y en directa relación con la cuestión anterior, la autora estudia el condicionamiento del menoscabo económico sufrido por el cónyuge beneficiario al matrimonio.

Palabras clave: Compensación económica, derecho matrimonial, derecho civil.

ABSTRACT: This Article is an attempt to answer some of the questions brought about by the enactment of the so-called *compensación económica* under the new Chilean marriage Act. The first question deals with putting limits to the extinguishing effect that arises as a consequence of article 60 of the aforementioned Act. As a consequence, it is also important to determine the scope of the compensatory effect of this alimony. The second part of the analysis is the possible link between article 61 and article 62 of the Act, to establish the legal requisites of the alimony. Finally, the author studies the conditions which were set up to assess the economic damages of the spouse.

Key words: Alimony, marriage law, civil law.

I. PANORAMA GENERAL DE LA NUEVA LEY Y CONTENIDO DEL TRABAJO

La nueva Ley de Matrimonio Civil¹ (Ley N° 19.947) publicada con fecha 17 de mayo de 2004, vigente desde el 17 de noviembre de ese año, reúne disposiciones que abarcan distintas facetas del derecho matrimonial: normas relativas a la celebración del matrimonio (arts. 4-20), a la separación de los cónyuges (arts. 21-41) y, en sus aspectos sustantivos, reglas referidas a la terminación del matrimonio y a sus respectivos efectos (arts. 42-70).

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto N° S-200558 de la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Austral de Chile, denominado "Análisis dogmático de la compensación económica de los artículos 61 y siguientes de la nueva Ley de Matrimonio Civil".

** Abogada, Magíster en Derecho U. de Goettingen, profesora Universidad Austral de Chile.

¹ En adelante, "LMC".

Termina la ley con la normativa pertinente de carácter procesal (arts. 71-79; 85-92), de derecho internacional privado (arts. 80-84) y con el régimen transitorio (1^a-8^a).

En cuanto a los efectos patrimoniales de la separación, nulidad y divorcio, destacan las normas del art. 35 LMC, que establece, como regla general, la subsistencia de los derechos sucesorios y de alimentos entre los cónyuges separados judicialmente, el art. 60 LMC que dispone el cese, entre cónyuges divorciados, de los derechos y obligaciones de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funde en la existencia del matrimonio, y los arts. 61 LMC y siguientes que regulan la nueva institución de la compensación económica entre cónyuges divorciados o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo.

Este trabajo se centrará en el análisis de los arts. 60, 61 y 62 LMC y, de entre el conjunto de problemas que los mismos suscitan, en tres cuestiones fundamentales:

1. ¿Cuál es el ámbito en que la compensación económica produce su efecto "compensatorio"? ¿Abarca todos los efectos patrimoniales derivados de la terminación del matrimonio?
2. ¿Cuál es la relación existente entre los arts. 61 y 62 LMC? ¿Constituye el art. 62 por sí mismo un fundamento para exigir la compensación económica o solo sirve como norma auxiliar del art. 61?
3. ¿Qué clase de menoscabo autoriza compensar el art. 61 LMC? ¿Solo aquel que provenga directamente del matrimonio?

II. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO REGULACIÓN NO EXCLUYENTE DE LOS EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DEL MATRIMONIO

Desde la perspectiva patrimonial, la disolución del matrimonio supone una serie de prestaciones y contraprestaciones de orden económico que podrían englobarse bajo el concepto de liquidación del matrimonio.

La pregunta que plantea el art. 60 LMC se refiere a si el efecto extintivo que consagra la disposición abarca toda la liquidación o, por el contrario, se refiere solo a una parte de ella. En otras palabras, se trata de definir si el alcance de la disposición es amplio de tal forma que la compensación económica sea la única prestación de tipo patrimonial que tenga lugar entre los cónyuges después de terminado el matrimonio, o si, por el contrario, su efecto es restringido y por lo tanto, la compensación económica coexistirá con otras prestaciones pecuniarias que se deban los cónyuges al momento de decretarse el divorcio o la nulidad.

El art. 60 LMC prescribe que el divorcio extingue los derechos y obligaciones patrimoniales fundados en la existencia del matrimonio, sin perjuicio de la eventual compensación económica que pudiere fijarse. Del tenor literal de la norma podría desprenderse *prima facie* la conclusión que la única consecuencia patrimonial de la disolución del matrimonio debe ser la compensación económica y que, por lo tanto, no solo los derechos expresamente enunciados, es decir, los hereditarios y el derecho de alimentos, deben extinguirse sino que todos los demás de que sean titulares los cónyuges, aun aquellos que remotamente puedan calificarse de efectos basados en el vínculo matrimonial. Sin embar-

go, un análisis más detenido de las consecuencias que esta interpretación acarrearía, indica la conveniencia de acotar el ámbito de aplicación de la citada disposición.

1. LA FÓRMULA EXTINTIVA GENERAL DEL ART. 60 LMC

El art. 60 LMC alude, en primer término y en forma genérica, a la extinción de “las obligaciones y derechos cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio”.

A propósito de la interpretación de la expresión genérica empleada por la disposición, surgen una serie de situaciones en que podría haber lugar a intercambios recíprocos de tipo patrimonial entre los cónyuges después de decretado el divorcio o nulidad, y respecto de las cuales se plantea la disyuntiva entre su subsunción o, por el contrario, su coexistencia con la compensación económica.

En primer lugar, se encuentran aquellas acciones y derechos derivados del régimen patrimonial del matrimonio². Si el matrimonio se había celebrado bajo sociedad conyugal y el marido había aportado a la misma un piano heredado de su madre, una vez disuelto el matrimonio y en el contexto de la liquidación de la sociedad conyugal, él tendría derecho a una recompensa por el valor reajustado del instrumento (art. 1725 N° 4, 1734 CC). Lo mismo ocurriría si la mujer hubiese pagado una deuda personal del marido ya que tendría derecho a que este le reintegre lo pagado en la forma de una recompensa (art. 1740 N° 3 CC).

Luego deben considerarse aquellas acciones y derechos emanados de contratos celebrados por los cónyuges antes o durante el matrimonio, sea que se trate de actos de ejecución instantánea o de tracto sucesivo. Si el marido le hubiese prestado un libro a su mujer, esta debería restituírle el libro una vez concluida su lectura, aun cuando el matrimonio se disuelva en el lapso intermedio (art. 2180 inc. 1° CC). Si la mujer le hubiese prestado dinero a su marido, este debería reembolsarle igual suma con sus correspondientes intereses, independientemente de que el vínculo matrimonial subsista al momento de hacerse exigible la obligación restitutoria (art. 1 Ley 18.010). Si le dio un inmueble en arriendo, el divorcio no podría influir en la existencia de ese contrato. El marido debería seguir pagando la renta convenida y el divorcio no constituiría causal de terminación del contrato (art. 1942 inc. 1°, 1950 CC).

En los contratos basados en la confianza, como el mandato, la situación es similar. Si la mujer encarga al marido la gestión de un negocio y este realiza un adelanto en dinero en la ejecución del mandato, estará obligada a restituírle dicho adelanto con los respectivos intereses (art. 2158 N° 4 CC).

² Al respecto, Saura se extraña que en el art. 97 del Código Civil español no haya quedado expresamente señalada como una circunstancia a tener en cuenta por el juez al fijar la pensión compensatoria el régimen patrimonial matrimonial, como atemperadora o indicadora del desequilibrio económico producido entre los cónyuges. SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2004) p. 49. Por su parte, García Cantero, comentando la citada disposición, señala que la posición económica de cada cónyuge estará condicionada, sin duda, por el régimen económico del matrimonio. Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, 2° ed. (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982) pp. 431.

La intangibilidad de los derechos y obligaciones emanados de los contratos celebrados entre cónyuges tiene su límite en la ley del contrato. Si las partes acordaron que en caso de divorcio los efectos del pacto cesarían, entonces el cumplimiento de la *lex contractus* produce un efecto extintivo paralelo al del art. 60 LMC, con su mismo resultado.

El principio de la subsistencia de los derechos y obligaciones patrimoniales entre los que fueron cónyuges, debería regir también para las relaciones jurídicas *ex lege*. Si uno de ellos dañó el auto del otro conduciendo en estado de ebriedad, deberá indemnizarle los perjuicios ocasionados con su actuar, aun cuando se decrete el divorcio y además, en forma absolutamente independiente de que el auto pertenezca al eventual deudor o acreedor de la compensación económica (art. 2314 CC).

2. FUNDAMENTOS PARA LA LIMITACIÓN DEL EFECTO EXTINTIVO DEL ART. 60 LMC

Esta tesis de subsistencia de los derechos y obligaciones de carácter patrimonial emanados de actos voluntarios de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio tiene diversos fundamentos:

a. En relación con los efectos propios del régimen patrimonial del matrimonio, existe mención expresa en la historia de la LMC, en cuanto a separar tajantemente la compensación económica del estatuto patrimonial del matrimonio. En efecto, existe constancia tanto en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado³ como en el Segundo Informe de la señalada comisión⁴, sobre la necesidad de distinguir entre estos dos ámbitos.

b. La norma del art. 60 LMC exige como presupuesto para que opere la extinción de los derechos y obligaciones patrimoniales que ellos se funden en la existencia del matrimonio, tanto en cuanto a su titularidad como a su ejercicio. Los efectos derivados del régimen patrimonial que pudieran quedar comprendidos en el efecto extintivo del art. 60 LMC surgen precisamente a propósito de la terminación de dicho régimen. Si esta coincide con la disolución del matrimonio, mal podría argumentarse que estarían basados en la “existencia” del mismo.

c. La vigencia de los efectos de los contratos celebrados entre los cónyuges encuentran su fundamento en la incondicionalidad de dichos actos jurídicos respecto del matrimonio. La acción restitutoria emanada del comodato, por ejemplo, podrá ejercerla el cónyuge mientras, según las reglas generales, dicha acción no prescriba y con total independencia de la subsistencia del vínculo matrimonial. Por consiguiente, los derechos y obligaciones aludidos no son alcanzados por el efecto extintivo del art. 60 LMC porque en la verificación de los presupuestos de derecho de la norma del art. 60 falla el nexo requerido entre las mismas y el matrimonio.

³ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín del Congreso Nacional N° 1759-18 sobre nueva Ley de Matrimonio Civil, p. 187.

⁴ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Id., p. 71.

3. PROBLEMATIZACIÓN DE LA DELIMITACIÓN DEL EFECTO EXTINTIVO DEL ART. 60 LMC

En los ejemplos planteados, la subsistencia de los efectos de los actos de los cónyuges resulta clara y, por consiguiente, su cumplimiento será exigible en forma paralela a la compensación económica, de proceder esta.

Sin embargo, puede ser que la mujer solo haya recibido en comodato el libro en su calidad de tal, porque el marido no presta a nadie ejemplares de su biblioteca. O que la mujer haya dado el préstamo o arrendado el inmueble al marido solo porque efectivamente se trataba de su cónyuge. En otras palabras, las interrogantes sobre los límites del campo de aplicación del art. 60 LMC surgen en aquellas situaciones en que el matrimonio constituye la consideración principal de los cónyuges para celebrar el contrato. Claros ejemplos de lo anterior lo constituyen ciertas relaciones emanadas de contratos laborales o de contratos de sociedad. Las denominadas “sociedades profesionales”, celebradas normalmente en el ámbito de las profesiones liberales, ilustran el punto. La mujer del médico es su socia justamente porque es su cónyuge. El contrato de trabajo celebrado entre los cónyuges y según el cual el marido es empleador de la mujer, con el único propósito de que esta obtenga mayores beneficios en materia de seguridad social, tiene como causa principal la existencia del matrimonio.

¿Es asimilable la exigencia del art. 60 LMC consistente en que los derechos y obligaciones de carácter patrimonial funden su titularidad y ejercicio en el matrimonio con que este sea la consideración principal tenida en cuenta por los cónyuges al contratar?

Nuevamente surge la alternativa según la cual o los efectos de estos contratos cesan o, de alguna manera ellos son sustituidos o absorbidos por la compensación económica que operaría con pretensiones de una nivelación pecuniaria general, o, por el contrario, los derechos y obligaciones emanadas de la relación laboral o social subsisten independientemente de la compensación económica.

A favor de la primera posición se podría argumentar que este tipo de actos tiene su fundamento en el matrimonio en el sentido que este configura esencialmente el motivo que indujo a las partes a la celebración de contrato, según el art. 1467 inc. 2° CC. Los cónyuges pretenden obtener utilidades económicas del pacto aprovechando su condición de tales, constituyendo el matrimonio la causa para su celebración. De esta manera, sería la existencia de este la que posibilita que el cónyuge sea titular y pueda ejercer los derechos y obligaciones derivados del contrato. Es decir, la acción para exigir el pago de las utilidades según el pacto social puede ejercerla la mujer, en el ejemplo propuesto, en la medida que subsista uno de los hechos constitutivos de la causa del contrato. Desaparecido este —el matrimonio— el efecto extintivo del art. 60 LMC encontrará su contrapartida en la prestación nivelador general de los arts. 61 y 62 LMC.

Sin embargo, esta interpretación implica trasladar la lógica del art. 1455 inc. 1° CC, excepcional en cuanto a la consideración de la persona como causa principal del contrato, a la relación que une a los contratantes, cuestión que debilita injustificadamente la ley del contrato. Sin perjuicio de esta objeción, no puede pasarse por alto que sostener la segunda posición implica dejar sin campo de aplicación a la fórmula extintiva

general del art. 60 LMC pues, salvo los derechos hereditarios recíprocos y el derecho de alimentos, todos los demás derechos de carácter patrimonial subsistirían frente a una eventual compensación económica.

La disyuntiva sobre la vigencia de los efectos patrimoniales entre cónyuges una vez decretado el divorcio o la nulidad no se presenta en aquellas situaciones en que, si bien la consideración del matrimonio es la causa principal, no se configuró entre ellos una relación contractual o cuasicontractual. Estos casos encontrarían reconocimiento mediante la aplicación de la circunstancia del art. 62 inc. 1° referida a la colaboración prestada por uno de los cónyuges al otro en sus actividades lucrativas. No existiendo una relación contractual o cuasicontractual de la cual emanen acciones destinadas a exigir prestaciones de tipo compensatorio, la compensación económica encuentra su natural campo de aplicación.

4. LA EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS RECÍPROCOS Y DEL DERECHO DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES

En el caso de los derechos hereditarios recíprocos entre cónyuges divorciados o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, y en el del derecho de alimentos entre los mismos⁵, citados por el art. 60 LMC para ilustrar su efecto extintivo, la situación debiera ser unívoca. Así se presenta, en efecto, en la sucesión intestada puesto que, extinguido el vínculo matrimonial, el que habría sido llamado por la ley en su calidad de cónyuge sobreviviente en el primer o en el segundo orden sucesorio (arts. 989 inciso 1°, 989 inciso 1° CC) carecerá del vínculo habilitante con el causante. Así también ocurre con la legítima y con la cuarta de mejoras asignadas al cónyuge sobreviviente (arts. 1182 N° 3, 1184 inciso 3° CC). Tampoco presenta dudas el derecho de alimentos, sea que se encuentre o no decretado judicialmente pues desaparecería el título legal que lo sustenta, según el art. 321 N° 1 CC.

Sin embargo, la extinción del derecho de alimentos y de los derechos sucesorios recíprocos producida por el divorcio o la nulidad genera, al igual que la fórmula extintiva general de la primera parte de la disposición, algunas dudas interpretativas. Algunos ejemplos sirven para ilustrarlas. Si el marido instituyó durante la vigencia del matrimonio como heredera en la parte de libre disposición a su mujer en el testamento o le dejó un legado cuantioso, bajo la expresa mención de que estas disposiciones testamentarias encontraren aplicación aun en caso de divorcio y, a su vez la mujer hizo lo mismo al otorgar su testamento ¿debe aplicarse el art. 60 LMC con preferencia a esta manifestación de voluntad de los respectivos testadores y restarle, por consiguiente, valor jurídico?

Los cónyuges separados de hecho podrían haber pactado que el marido pagaría alimentos a la mujer, sin perjuicio de que se decrete con posterioridad el divorcio entre los mismos. Incluso más, los cónyuges pueden haber expresado que el pacto de alimen-

⁵ La evolución de la regulación sobre prestaciones patrimoniales entre cónyuges separados o divorciados en los distintos textos aprobados durante la tramitación parlamentaria de la nueva LMC fue analizada en mi trabajo “Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. XVI (julio 2004), pp. 83-104.

tos justamente tiene por objeto precaverse del efecto extintivo del art. 60 LMC. Asimismo, si los alimentos se convinieron en una capitulación matrimonial celebrada con anterioridad al matrimonio, según el art. 1720 CC, y bajo la condición suspensiva expresa de que se declare el divorcio entre las partes, junto con cumplirse la condición que da nacimiento al derecho, este se extinguiría tanto por la dependencia de la capitulación a la existencia del matrimonio⁶ como por la aplicación del art. 60 LMC.

En todas las situaciones indicadas, la aplicación irrestricta del efecto extintivo generado por el divorcio respecto del derecho de alimentos y de los derechos sucesorios recíprocos entre los cónyuges, conduce a resultados inaceptables pues se vulneran principios generales del derecho. La tradicional indisponibilidad de los derechos de familia, derivada de su carácter de orden público, no puede ser invocada en estos casos pues el fundamento de esta característica —la protección de la familia— ha desaparecido a consecuencia de la extinción del matrimonio. Por consiguiente, los ejemplos se sitúan en el vasto campo de aplicación de la autonomía de la voluntad: el testamento (en la parte de libre disposición), el pacto de alimentos o las capitulaciones matrimoniales, como expresión de dicha autonomía, deben tener primacía. Aún más, de aceptarse que la terminación del vínculo matrimonial a través del divorcio no sustrae el asunto del ámbito de los derechos de familia, tampoco tiene sentido la aplicación de la indisponibilidad como limitante a la expresión de voluntad pues en los ejemplos no opera una disminución de derechos a la manera de una renuncia sino que, por el contrario, existe una incorporación de nuevos derechos patrimoniales para los, hasta ese momento, cónyuges.

Por lo tanto, una pulcra técnica legislativa habría exigido que la salvedad hecha en la última parte del art. 60 LMC (“sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1° del Capítulo siguiente”), se hubiese referido a lo acordado por las partes y no a la compensación económica. De esta manera, en la excepción habría quedado correctamente comprendida la hipótesis en que la compensación económica es concordada por las partes, por un lado, y debidamente excluida, por otro, aquella en que la compensación económica es fijada por el juez, a falta de acuerdo entre las partes, pues en ese caso ella opera con independencia de los derechos y obligaciones existentes entre los cónyuges.

5. DISPONIBILIDAD DEL ALCANCE DEL EFECTO EXTINTIVO DEL ART. 60 LMC

Los cónyuges pueden acordar sobre el monto y forma de pago de la compensación económica según el art. 63 LMC. Por lo tanto, dentro de su ámbito de disposición queda incluida la posibilidad de que liquiden derechos y acciones de origen “extramatrimonial”, en contraposición al art. 60 LMC, en el marco de la compensación económica, en la medida que efectivamente tengan la facultad de disposición sobre los mismos. Es decir, podrían dar a la compensación económica el carácter de mecanismo global y omnicompreensivo para los efectos de la liquidación del matrimonio.

A falta de acuerdo de las partes, y correspondiendo al juez fijar la procedencia y monto de la compensación económica, según el art. 64 inc. 1° LMC, este carece de

⁶ Sobre el carácter dependiente de las capitulaciones matrimoniales respecto al matrimonio, ver LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, Segunda Edición, T. II (Editorial Jurídica, Santiago, 1998), p. 119.

competencia para ir más allá del ámbito de los derechos y obligaciones fundados en el matrimonio, o de aquellos que se deriven de su extinción. Una interpretación sistemática de los arts. 60, 61 y 62 LMC permite justificar esta restricción. En efecto, si el divorcio decretado judicialmente produce la extinción solo de aquellos derechos y obligaciones condicionados por el matrimonio, según se estableció en los apartados anteriores, y la compensación económica tiene por objeto resarcir únicamente el menoscabo económico derivado de la falta total o parcial de trabajo remunerado debido a la dedicación a las labores del hogar común o de los hijos durante el matrimonio, la ley no deja ninguna vía abierta para que el juez que conoce del divorcio y de la eventual compensación económica se haga cargo de las relaciones patrimoniales existentes entre los cónyuges y que pudiesen derivar de convenciones cuya existencia es completamente independiente del matrimonio.

CONCLUSIÓN PARCIAL:

El ámbito del efecto extintivo de derechos y obligaciones de carácter patrimonial entre los cónyuges previsto en el art. 60 LMC es mucho más restrictivo que su tenor literal, pues no incluye los efectos propios del régimen patrimonial del matrimonio ni los derivados de contratos celebrados antes o durante el matrimonio por los cónyuges, ni aun de aquellos en los que la calidad de cónyuge haya sido la consideración fundamental para la celebración del contrato, a menos que las partes lo hayan previsto expresamente. Tampoco comprende las obligaciones y derechos de origen legal. Es decir, prima el principio de la subsistencia de los derechos y acciones de contenido patrimonial entre los cónyuges, cualquiera sea su origen y por consiguiente, ellos podrán exigirse en forma paralela a una eventual compensación económica, salvo que ella sea acordada por las partes y le otorguen un carácter de finiquito general de sus las relaciones patrimoniales.

III. LA RELACIÓN ENTRE LOS ARTS. 61 Y 62 LMC

El art. 62 inc. 1° LMC enumera, por vía ejemplar, ciertos parámetros que le permiten al juez formarse una visión global de la situación mantenida por los cónyuges durante la convivencia⁷ y que son catalogados como verdaderos criterios de necesidad⁸. Estas circunstancias configuradoras del matrimonio deben ser atendidas por el juez para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación.

En relación con estas circunstancias uno de los problemas que probablemente ocupará a nuestra doctrina y jurisprudencia consistirá en fijar el contenido de las mismas⁹. Sin embargo, de mayor relevancia debiera ser la pregunta sobre la relación en que

⁷ CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, *La pensión por desequilibrio económico de separación y divorcio* (Bosch Editor, Barcelona, 1994) p. 74.

⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio* (Tirant lo Blanch, Valencia, 1995) p. 26 .

⁹ En esta labor será relevante el estudio comparado del art. 97 del Código Civil español que también consagra una catálogo de parámetros. Entre esta disposición y el art. 62 inc. 1° LMC existen circunstancias comunes, como la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges (art. 97 N° 6), la

se encuentran los arts. 61 y 62 LMC entre sí, pues su respuesta puede determinar esencialmente la procedencia de la compensación económica, en ciertos casos.

La pregunta planteada admite, al menos, dos respuestas:

a. Una primera, consistiría en asumir que ambas normas cumplen la misma función. Ambas constituirían un fundamento de derecho autónomo para exigir la compensación económica y por consiguiente, podrían ser invocadas indistintamente como presupuesto normativo de la acción respectiva.

Esta interpretación podría fundarse de la siguiente manera:

i. El art. 61 dice expresamente que el cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y que sufrió el menoscabo tiene “derecho” a que este le sea compensado. Por consiguiente, y a partir del tenor literal de la disposición, la sola concurrencia de los presupuestos descritos por la misma hacen procedente la compensación económica.

ii. En relación con el art. 62 inc. 1° LMC, correspondería desprender la misma conclusión, porque la norma no se limita a enumerar circunstancias relacionadas con el matrimonio que sirven para determinar la cuantía de la compensación sino que además, relaciona estas con la “existencia” del menoscabo. En efecto, la norma señala como su finalidad la de “determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación”, de manera tal que también produce sus efectos en relación con el surgimiento del derecho a la compensación económica al determinar uno de sus presupuestos, el menoscabo económico.

Consecuentemente, esta interpretación conduce a que la compensación económica pudiera surgir indistintamente, en un caso fundada en el art. 61 LMC, cuando el cónyuge hubiese sufrido el menoscabo a causa de la falta de trabajo remunerado debido al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, y en otro caso, basada en el art. 62 inc. 1° LMC, porque el cónyuge que contrajo matrimonio a los 64 años y que se divorcia dos años más tarde, debido a su edad y estado de salud no puede reinsertarse laboralmente. En otras palabras, si ambas disposiciones constituyen un fundamento autónomo para la compensación económica, entonces el menoscabo patrimonial no estaría condicionado por el cuidado de los hijos o por las labores del hogar común y, por el contrario, podría provenir de otras causas.

situación patrimonial de ambos (el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge art. 97 N° 8), la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario (de ambos en el art. 97 N° 2), la cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario (de ambos en el art. 97 N° 3), la situación en materia de beneficios previsionales y de salud del cónyuge beneficiario (la pérdida eventual de un derecho de pensión art. 97 N° 7) y la colaboración que el cónyuge beneficiario hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge (colaboración prestada por cualquiera de los cónyuges art. 97 N° 5). Es exclusiva del art. 62 inc. 1° LMC la circunstancia de la buena o mala fe y del art. 97 CC español, los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges (art. 97 N° 1) y la dedicación pasada y futura a la familia (art. 97 N° 4).

La consecuencia anotada presenta la ventaja consistente en que el art 62 inc. 1° LMC puede desplegar todos sus efectos en relación con las circunstancias en él enumeradas. Cada una de ellas o su combinación configurarían un menoscabo económico compensable aun cuando este no esté ligado al cuidado de hijos o a labores domésticas. Sin embargo, esta postura tiene el inconveniente de reducir sustancialmente la significación del art. 61 LMC, pudiendo incluso, implicar su anulación. Ello debido a que, por regla general, en todos los casos concurrirá al menos una de las circunstancias del art. 62 LMC que, desligadas del cuidado de los hijos o de las labores del hogar común, harán procedente la compensación económica.

b. Una segunda respuesta a la interrogante sobre la relación entre los arts. 61 y 62 LMC, y que en mi opinión es la correcta, sería aquella en que ambos debieran entenderse en una vinculación de dependencia funcional, siendo el art. 61 la norma principal y el art. 62 la norma auxiliar. De esta forma, el art. 61 LMC constituiría el fundamento de la compensación económica al definir sus presupuestos y el art. 62 inc. 1° LMC se limitaría a fijar la cuantía de la misma.

De acuerdo con esta concepción, y según el art. 61 LMC, los requisitos constitutivos de la compensación económica¹⁰ son:

- i. Que el matrimonio sea declarado nulo o se decrete el divorcio;
- ii. Que uno de los cónyuges no haya desarrollado una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo haya hecho en menor medida de lo que podía y quería porque
- iii. dicho cónyuge se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar, por lo que
- iv. sufrió un menoscabo económico derivado de la falta total o parcial de trabajo remunerado.

Concurriendo copulativamente estos cuatro presupuestos, encontrarán aplicación las circunstancias del art. 62 inciso 1° LMC para fijar la cuantía de la compensación económica. De esta manera, la norma citada actúa como norma de apoyo del art. 61 LMC a través de su catálogo de elementos cuantificadores, constituyendo este último la norma fundamental de la compensación económica y como tal, su fundamento de derecho.

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

¹⁰ Barrientos Grandón y Novales Alquézar hablan de “condiciones de procedencia de la compensación económica”, agregando como condición especial la de que el cónyuge beneficiario no haya dado lugar a la causa del divorcio según el art. 62 inc. 2°. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno* (LexisNexis, Santiago, 2004) p. 424.

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.

CONCLUSIÓN PARCIAL:

El art. 61 LMC constituye el fundamento de derecho de la compensación económica. El art. 62 inciso 1° LMC, por su parte, actúa como norma complementaria y de apoyo, cuando se dan los presupuestos señalados en dicha disposición, cumpliendo la función de medir el menoscabo sufrido. En esta función de parámetros, las circunstancias del art. 62 inc. 1° LMC pueden llegar a determinar la inexistencia del menoscabo y por ende, negar el derecho a exigir la compensación económica aun concurriendo los demás presupuestos de la institución.

IV. LA NATURALEZA DEL MENOSCABO ECONÓMICO

Si la compensación económica de los arts. 61 y 62 LMC es de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria¹¹, debería existir entre el acto dañoso y el daño producido una relación de causalidad¹². Es decir, el hecho ilícito habría de ser la causa del daño y el daño el efecto del hecho ilícito¹³. Un nexo causal de este tipo es el que supone el art. 61, según se verá.

1. CAUSALIDAD ENTRE MATRIMONIO Y MENOSCABO ECONÓMICO

En la compensación económica la exigencia de una relación de causalidad se expresaría en que los daños –menoscabo económico, en los términos del art. 61 LMC– deben estar condicionados por el matrimonio, es decir, que sin este el resultado dañoso no se produciría¹⁴. Al matrimonio como condición *sine qua non* del menoscabo se llega

¹¹ PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, diciembre 2004, p. 89; BARRIENTOS; NOVALES: (n. 10), p. 422

¹² La nomenclatura del régimen general de responsabilidad civil en el ámbito de la compensación económica resulta inadecuada pues ella constituiría, en todo caso, una especie de responsabilidad sin culpa, más aún por hecho lícito que sería el de solicitar la disolución del matrimonio. Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel (n. 2), pp. 431.

¹³ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Ed. Jurídica, Santiago, 2004), p. 179.

¹⁴ Id. p. 184. En la doctrina española, se ha distinguido entre la mera diferencia de patrimoniales de los cónyuges y el desequilibrio económico relevante para dar lugar a la pensión compensatoria según si las diferencias encuentran su raíz en el matrimonio o, por el contrario, en factores ajenos o extraños al mismo. Cfr. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil* (Aranzadi, Navarra, 2002) p. 49.

a través de la reconstitución de una verdadera cadena de condicionantes: 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. Suprimido el hecho del matrimonio, desaparece entonces la causa primitiva del menoscabo.

La limitación de la compensación económica al menoscabo dependiente o condicionado por el matrimonio puede fundarse, a lo menos, en dos elementos:

A. En el gramatical, pues la disposición señala que el beneficiario de la compensación es el cónyuge a quien, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común, sufre un menoscabo económico “por esta causa”.

B. En el sistemático, porque los presupuestos de la norma consistentes en el cuidado de los hijos y las labores propias del hogar común nos conducen por sí solos a la misma conclusión, en la medida que deben ser posteriores a la celebración del matrimonio –la ausencia total o parcial de trabajo remunerado por parte del cónyuge beneficiario es relevante “durante el matrimonio”– y anteriores a la declaración de divorcio o nulidad pues en ese momento se verifica y cuantifica el menoscabo sufrido, perdiendo relevancia los perjuicios que pudieren originarse con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial.

2. PROBLEMATIZACIÓN DEL CONDICIONAMIENTO DEL MENOSCABO ECONÓMICO AL MATRIMONIO

Si bien la secuencia cronológica indicada –celebración del matrimonio, dedicación al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común– coincide con la realidad de la mayoría de las parejas, no puede, sin embargo, considerarse vinculante para el Derecho. Solo es indicativa de la claridad del nexo causal en esos casos: quien contrajo matrimonio y luego deja de trabajar remuneradamente para dedicarse a los hijos o a las labores del hogar común, sufre sin lugar a dudas pérdidas económicas condicionadas por el matrimonio. Sin embargo, existen otras situaciones en que el condicionamiento y, sobre todo, su justificación, resultan controvertibles.

a. El art. 61 LMC no define el presupuesto de derecho consistente en el “cuidado de los hijos”. No exige siquiera que se trate de hijos comunes del deudor y acreedor de la compensación económica, si bien pareciera referirse a ellos. La aparente obviedad de esta conclusión no es tal. Por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán falló que el presupuesto para los alimentos posteriores al divorcio consagrado en el § 1570 BGB, consistente en el cuidado de un hijo común, se cumple cuando se trata de un niño que, sin tener la calidad de hijo de la pareja, está bajo su cuidado en virtud de una medida de protección judicial decretada con anterioridad a la separación. El cuidado personal de ese niño constituye fundamento suficiente para el derecho de alimentos de la mujer¹⁵.

¹⁵ BGH NJW 1981, 1782 = FamRZ 1981, 752.

b. Tampoco especifica la norma si debe tratarse de hijos nacidos durante el matrimonio. Por consiguiente, debemos entender que si la pareja convivió durante años antes de contraer matrimonio y durante la convivencia de hecho nacieron los hijos, el cuidado personal de estos también satisface el presupuesto de la norma. Pero, siempre en el mismo ejemplo, si el matrimonio no cambia en nada la rutina y forma de vida de esa pareja, entonces el cuidado de los hijos y las labores domésticas no están, en sentido estricto, condicionadas por el matrimonio. Cuando la pareja inició su convivencia y la mujer, por ejemplo, abandonó su profesión, aún no estaban casados. Su decisión y, por ende, la pérdida de los ingresos provenientes de la remuneración mensual que percibía, pudo estar influenciada por el nacimiento de los hijos, pero al no existir en ese momento el vínculo matrimonial, el menoscabo sufrido no puede tener relación de causalidad jurídicamente relevante con el mismo.

c. Aún más controvertido puede llegar a ser el presupuesto de las labores propias del hogar común. Aquí los problemas no se reducen a la causalidad, sino que comienzan en el propio concepto. ¿Debe el cónyuge solicitante haberse dedicado en forma completa a las labores domésticas o basta una dedicación parcial? La norma pareciera estar concebida para que una dedicación parcial –que admita solo un trabajo remunerado de media jornada– pueda dar lugar al menoscabo compensable en la medida que el cónyuge beneficiario hubiese podido y querido dedicar más tiempo al trabajo remunerado. Además de la dificultad práctica que esta fórmula conlleva para el juez en la determinación *a posteriori* de un máximo posible de carga laboral lucrativa en cada caso, el cónyuge demandado no podría excusarse de pagar la compensación económica alegando que él realizaba la otra mitad de las labores del hogar y que con ello se liquidó cualquier deuda entre ellos.

Por otra parte, la realidad social plantea la cuestión, al menos teórica, de determinar cuándo un cónyuge se ha dedicado a las labores propias del hogar común frente a las siguientes situaciones:

i. Los servicios de empleadas domésticas en el hogar común. ¿Cuándo son de tal envergadura que impiden considerar que el cónyuge se dedicó al trabajo doméstico? Interpretada en forma literal y en un sentido estricto, el presupuesto no debiera cumplirse si el apoyo de un tercero, que es remunerado por su trabajo, es de tiempo completo. Sin embargo, y de ahí la alusión a lo abstracto del problema, en la práctica este se resolverá a través de la conjunción disyuntiva utilizada por la norma pues normalmente el cónyuge que permaneció en el hogar aunque no pueda probar su dedicación al trabajo doméstico, al menos acreditará haberse dedicado al cuidado de los hijos y por consiguiente, el presupuesto se cumplirá¹⁶.

ii. El lugar en que se realizaron las labores propias del hogar. Resulta frecuente que el cónyuge dedicado al trabajo doméstico tome sobre sí, además, la conducción de la casa de su padre o madre, suegra o suegro, que vive en otro inmueble o en uno anexo

¹⁶ En este mismo sentido, ver PIZARRO WILSON: (n. 11), p. 92.

al hogar familiar. Por ejemplo, la situación descrita se daría respecto de aquella mujer que trabaja a jornada completa, tiene una empleada doméstica todo el día y después del trabajo concurre diariamente donde su suegra enferma y realiza allí las labores domésticas. ¿Puede ella ampararse en el art. 61 LMC?

Podría argumentarse que estas interrogantes tienen su solución en las circunstancias descritas en el art. 62 inc. 1° LMC, por ejemplo, cuando la primera distingue entre la duración del matrimonio y la “de la vida en común de los cónyuges”, incluyendo de esta forma a los hijos habidos antes del matrimonio, o cuando la séptima alude a la colaboración prestada al otro cónyuge en sus actividades lucrativas, hecho que podría comprender la asistencia prestada a la suegra. Sin embargo, y en concordancia con la tesis expuesta en el capítulo anterior, la aplicación del art. 62 inc. 1° LMC solo se da en la medida que los presupuestos fundamentales del art. 61 LMC concurren. Por lo tanto, antes de aplicar la circunstancia primera o séptima a los ejemplos propuestos, debe verificarse el cumplimiento de los presupuestos de derecho de la norma citada.

El condicionamiento del menoscabo al matrimonio tampoco funciona en el sentido inverso al planteado, es decir, en el de considerar que el menoscabo económico sufrido por el cónyuge no es compensable cada vez que este condicionamiento falte. Si por ejemplo ambos cónyuges son empleados a jornada completa del mismo banco, no tienen hijos y el trabajo de la casa lo realiza un tercero, y la mujer recibe una oferta muy ventajosa de su empleador para trasladarse a una filial del banco en otra ciudad y rechaza el ofrecimiento de trabajo para poder mantener la convivencia conyugal, no cabe duda que el monto de dinero que deja de percibir constituye perjuicios para ella y, además, condicionados por el matrimonio. Sin embargo, la compensación de los mismos no tendría lugar porque en caso de divorcio el menoscabo económico sufrido no podría considerarse como una consecuencia del cuidado de los hijos o de las labores del hogar común a causa de la existencia del vínculo matrimonial.

CONCLUSIÓN PARCIAL:

Los presupuestos de derecho del art. 61 LMC, dedicación al cuidado de los hijos y labores propias del hogar común, dan cuenta de que resulta compensable solo aquel menoscabo derivado o condicionado por el matrimonio, en la medida que las conductas relacionadas con dichos presupuestos cobran relevancia únicamente después de celebrado el matrimonio y por esta razón, la compensación económica solo surge una vez decretado el divorcio o la nulidad del matrimonio. La disolución de una convivencia no conduce a compensaciones futuras ni aun cuando uno de los convivientes hubiese resultado perjudicado económicamente por haberse dedicado a las labores del hogar común o al cuidado de los hijos, si los hubiere.

CONCLUSIÓN FINAL

La compensación económica consagrada en la nueva Ley de Matrimonio Civil constituye una prestación postmatrimonial cuya aplicación se ve limitada desde diversos ángulos. Por una parte, su finalidad compensatoria es restringida en la medida que subsisten los derechos y obligaciones de carácter patrimonial entre los cónyuges contraí-

das durante la vigencia del matrimonio, aun aquellas que pudieren haber tenido en este su fundamento. Por otra parte, no todo menoscabo económico sufrido por uno de los cónyuges a consecuencia del matrimonio será cubierto por la compensación económica. Solo si al matrimonio ha seguido la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, sin trabajar, además, remuneradamente, el daño que este cónyuge hubiere experimentado será jurídicamente relevante.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Lexis Nexis, Santiago, 2004.
- Boletín del Congreso Nacional N° 1759-18 sobre nueva Ley de Matrimonio Civil.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, *La pensión por desequilibrio económico de separación y divorcio*, Bosch Editor, Barcelona, 1994.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Jurídica, Santiago, 2004.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, 2° ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, Segunda Edición, T. II, Editorial Jurídica, Santiago, 1998.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, diciembre 2004.
- SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- TURNER SAEZLER, Susan, “Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. XVI, julio 2004.