

# 'LO MEJOR DE TU VIDA ME LO HE LLEVADO YO'. REVISIÓN Y PROPUESTA SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL\*

GONZALO FRANCISCO SEVERIN FUSTER\*\*

## RESUMEN

Establecer cuál es la naturaleza jurídica y el fundamento de la compensación económica nos permite no solo determinar si es posible aplicar un régimen jurídico en forma supletoria, sino además establecer si la compensación es compatible con otras prestaciones económicas, y en particular, con una acción de daños derivados del divorcio o de los hechos que le han dado lugar. La compatibilidad con una acción de daños dependerá, lógicamente, de la desvinculación que pueda hacerse en la compensación de la culpa como factor de atribución, y además, de la correcta delimitación de aquello que la compensación pretende resarcir. En las siguientes líneas, se pasará revista a algunos de los diversos postulados a través de los cuales la doctrina nacional intenta explicar el fundamento de la compensación económica y, además, se presenta una propuesta.

Palabras clave: Matrimonio, divorcio, compensación económica, responsabilidad civil, daños.

## ABSTRACT

*To establish which is the legal nature and the foundation of the economic compensation allows us not only to determine if it is possible to apply a legal regime in auxiliary form, but in addition to establish if the compensation is compatible with other economic benefits, and in individual, with an action of damages (tort) derived from the divorce or the facts that have given rise to him. The compatibility with an action of damages will depend, logically, of the separation that can become in the economic compensation of the fault as attribution factor, and in addition, of the correct boundary of what the compensation tries to repay. In the following lines, we will review some of the diverse postulates through which the national doctrine tries to explain the foundation of the economic compensation and, in addition, a proposal is suggested.*

*Key words: Marriage, Divorce, Economic Compensation, Civil Liability, Torts.*

\* Este trabajo corresponde a una adaptación de parte de la memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho, titulada *Indemnización entre cónyuges por los daños y perjuicios derivados del divorcio*. Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006.

\*\* Profesor asistente de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; profesor de Derecho Civil en la Universidad Viña del Mar.

## I. INTRODUCCIÓN. IMPORTANCIA Y PROBLEMA DE DETERMINAR LA NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. DIVERSAS POSTURAS SOBRE LA CUESTIÓN

La determinación de la naturaleza jurídica de la compensación económica, tal como ocurre en todas las instituciones del derecho, no es una mera disquisición doctrinaria. Identificar su naturaleza nos permite conocer en qué contexto jurídico podemos situarla, y llegado el caso, a falta de reglas especiales, integrar y aplicar las normas generales del régimen al que pertenece. Por otro lado, no es esta la única utilidad que reviste el preguntarnos por esta cuestión, pues entender qué es esta institución y cuál es su razón de ser, nos permitirá esclarecer la posibilidad de que sea compatible o no con otras prestaciones económicas que pudieran ser procedentes al término de una relación matrimonial, como por ejemplo, una indemnización de los perjuicios que puede ocasionar la declaración del divorcio o bien los que pueden ocasionar los hechos culpables que dan lugar al divorcio, si acaso puede estimarse que dichos daños, o al menos algunos, no quedarán cubiertos por la compensación económica<sup>1</sup>.

Por ello, para dar una acertada respuesta a esta cuestión y que nos sirva a estos fines, no basta desentrañar su naturaleza jurídica, sino que es necesario adentrarnos también en su fundamento. Parece de más advertir que la naturaleza jurídica de una institución no es lo mismo que su fundamento. Tales aspectos están en relación, pues el fundamento de un determinado derecho generalmente determina su naturaleza, pero ello no permite confundirlos. Mientras la naturaleza jurídica apunta a saber qué es una determinada institución, a qué género pertenece, el fundamento implica preguntarse su razón o motivo principal.

Pues bien, si queremos determinar la naturaleza jurídica de una institución, es siempre recomendable recurrir a su propia definición y regulación. La ley de matrimonio civil, sin embargo, al establecer la compensación económica, se limita a regular los aspectos relacionados con su funcionamiento, como por ejemplo, los requisitos de procedencia, los factores que debe considerar el juez a la hora de determinar el monto de la compensa-

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, la profesora Carmen Domínguez, refiriéndose a la eventual compatibilidad de la compensación económica con otras prestaciones, señala que “atendido que uno de los requisitos del daño indemnizable es que no debe estar reparado, ello puede plantear algunos problemas derivados de la naturaleza jurídica que se le asigne a la compensación, pues si ella es indemnización del lucro cesante dejado de obtener por el hecho de haberse dedicado al hogar o al cuidado de los hijos, no sería acumulable con una nueva reparación por tal concepto...”: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen: “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en: *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, N° 11 (2005), pp. 91-122.

ción en el supuesto que no exista acuerdo, etc. y por lo tanto, no es posible, de su simple lectura, identificar reglas que se refieran a su calificación jurídica. La historia del establecimiento de la ley tampoco resulta útil, pues basta dar lectura a las discusiones parlamentarias al respecto para concluir que, como lo expresan BARRIENTOS y NOVALES “existió una permanente imprecisión sobre tales aspectos, y en relación con los cuales no es posible hallar una opinión definitiva y categórica”<sup>2</sup>.

Atendido lo anterior, la doctrina nacional ha intentado dar respuesta a las interrogantes que la novedad de esta institución naturalmente conlleva, y resolver el problema de la naturaleza jurídica de la compensación económica. Considerando lo dicho, podemos decir que la doctrina nacional aborda el tema desde distintos enfoques, y por ello creo útil la sistematización que sigue. Sobre la naturaleza de la compensación, la doctrina nacional ha considerado básicamente cuatro posibilidades, a saber: 1. Que tenga naturaleza alimenticia; 2. Que tenga naturaleza indemnizatoria; 3. Que su naturaleza es variable; y 4. Que tenga una naturaleza propia distinta de las anteriores. Desde luego, no pretendemos en estas líneas repetir los argumentos en que cada una de estas tesis se sostiene. Sí resulta interesante destacar que cada una de estas posturas ha sido recogida en fallos de tribunales superiores<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu: *Nuevo derecho matrimonial chileno: ley Nº 19.947, celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*. -2ª ed.-, Santiago, LexisNexis, 2004, p. 415. Solo a modo de ejemplo, el Senador Espina sugiere “que las prestaciones se consideren alimentos, teniendo en vista también el aspecto tributario, puesto que los alimentos no están afectos a impuestos”, mientras que el Ministro de Justicia sostenía que “este sistema está operando en muchos países, y tiene la gran ventaja de que pone fin tempranamente a la discusión económica para no perpetuar el conflicto familiar, como ocurre con los alimentos, en que las solicitudes de rebajas o de aumentos producen enfrentamientos constantes, que lo único que hacen es perpetuar odiosidades... no deben existir alimentos después del divorcio”. La Ministra Delpiano parecía incluso de acuerdo en la coexistencia de la compensación y de un derecho de alimentos, pues expresó “hay compensación y hay pensión de alimentos hasta por cinco años de ocurrido el término del matrimonio”; Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil. BOLETÍN Nº 1.759-18, p. 5, en adelante, simplemente Boletín Nº 1.759-18.

<sup>3</sup> En algunos fallos, la compensación se acerca a la pensión de alimentos, si se atiende a los criterios en virtud de los cuales se ha otorgado y el número de cuotas en que han fijado la forma de pago. por ejemplo, se ha fijado compensación de \$18.000.000 pagaderos en 180 cuotas mensuales de \$100.000 (Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol Nº 529-06. 20/06/06); En \$9.000.000, pagaderos en 60 cuotas mensuales de \$150.000 cada una (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol Nº 225-06). El profesor José Luis Guerrero, en este sentido, concluye que, “salvo pocas excepciones, la mayoría de las sentencias tienen una connotación asistencial muy cercana a la pensión de alimentos”: GUERRERO BECAR, José Luis: “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil: Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia”, en: *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVII (2006), p. 90. Por otro lado, los tribunales han acogido también la tesis de la naturaleza variable: “la compensación económica es funcional a los modelos de familia y las diversas realidades que siguen a la ruptura, y que en este caso

Si pensamos que el objeto de este análisis es simplemente conocer las reglas supletorias aplicables, bastaría inclinarse por cualquiera de estas tesis –salvo lógicamente la de la naturaleza variable– para darnos por satisfechos. No obstante, de cara a establecer la compatibilidad de la compensación económica con otras prestaciones económicas en los casos de divorcio, como sería una acción de daños, la respuesta no es tan simple. Y ello, porque si bien podría pensarse que basta con descartar que la compensación económica tenga una naturaleza indemnizatoria para abrir la puerta a una verdadera indemnización de daños propia de la responsabilidad civil, ello no es determinante, y constituye solo un primer paso, pues, aun cuando se abrace la tesis de la naturaleza *sui generis*, es indispensable hacerse cargo de dos aspectos: 1.-) Por un lado, plantear que su naturaleza no se identifica con la responsabilidad civil tiene, como punto de partida, el hecho que la compensación no es debida a otro por culpa y que la conducta de los cónyuges sería irrelevante como factor de atribución. Sin embargo, hay argumentos de texto que permiten sostener que ello no es del todo exacto; y 2.-) Por otro lado, habrá que esclarecer si la compensación tiene por objeto reparar un daño. La respuesta negativa nos abrirá la puerta para sostener la compatibilidad con una indemnización por los daños que produzca el divorcio o los hechos que le den causa. Sin embargo, podría concluirse que la compensación indemniza un perjuicio, sin que ello implique que englobe todo daño que pueda derivarse del divorcio, y en tal caso, la compatibilidad con otra acción de daños dependerá básicamente de la delimitación del supuesto daño que se pretende resarcir a través de la compensación.

En este trabajo, nos centraremos particularmente en el segundo aspecto, pues creemos que la doctrina ha delimitado suficientemente el alcance del primero<sup>4</sup>. La pregunta que intentaremos responder es si tiene o no la com-

---

estaríamos ante una sentencia de carácter asistencial, cercana a una pensión de alimenticia, reducida en el tiempo y en su entidad” (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1.1161-05, 3/5/2006). La Corte razonó de la misma forma en otros fallos (Rol N° 225-06, 31/5/2006). También los tribunales se han inclinado por la naturaleza indemnizatoria: “la compensación económica tiene un contenido netamente indemnizatorio y no asistencial como consideró el juez de primera instancia...” (Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 529-06, 20/6/2006); “un carácter indemnizatorio, por lo menos para efectos de establecer su procedencia...” (Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 1.603-05, 20/6/2006). También hay fallos que se inclinan por la naturaleza *sui generis*: “A la compensación no puede atribuírsele un carácter alimenticio ni indemnizatorio, no obstante presentar unos rasgos comunes o semejantes...” (Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1.451-06, 7/8/2006).

<sup>4</sup> La posible consideración de ciertos factores subjetivos permitiría ver en ella cierto carácter sancionador, pues la ley otorga al juez una serie de criterios, cuyo encabezado señala que deberán ser tomados ‘especialmente’ en consideración, a la hora de fijar la procedencia y monto de la compensación, de manera que nada obsta, en principio, que pueda considerar otros, como por ejemplo, la culpabilidad del cónyuge deudor. Por otro lado, el inciso segundo del art. 62 señala: “Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir

pensación económica por finalidad el resarcimiento de un daño. En mi opinión, creo que es posible concluir que tiene tal finalidad, sin necesidad que ello signifique identificarla como un supuesto de responsabilidad civil, caso en el cual lo determinante para poder establecer si ella es compatible con otras prestaciones económicas será delimitar qué daño es el que la compensación pretende resarcir. Adquiere además, de cara a este análisis, particular relevancia determinar qué es lo que justifica que dicha compensación deba ser pagada por el otro cónyuge, y también qué justifica que ella le pueda ser disminuida o denegada al cónyuge beneficiario que ha dado motivo al divorcio por su culpa. Poniendo de relieve estos aspectos, entonces, intentaremos descubrir por qué la ley otorga este derecho a uno de los ex cónyuges, y por qué dicha prestación debe ser pagada por el otro ex cónyuge. La pregunta que nos hacemos es, como destaca SÉRIAUX: ¿Por qué una prestación será debida por un esposo al otro a título de indemnización? (para nosotros, “de compensación”). Por cierto, como señala el mismo autor “responder que la ley lo ha querido así no es suficiente”<sup>5</sup>.

A continuación, pasaremos a revisar brevemente los distintos fundamentos que la doctrina nacional, que postula que la compensación tiene una naturaleza *sui generis*, ha propuesto, y que básicamente son tres: a.-) sistema privado de soporte de las consecuencias negativas de la discriminación de género, b.-) el principio del enriquecimiento sin causa; y c.-) el desequili-

---

prudencialmente su monto”; y el art. 54 se refiere precisamente al divorcio por culpa. Por ello, la conducta del cónyuge beneficiario tampoco es indiferente. Por último, se incluye entre los criterios que se entregan al juez la “buena o mala fe”, sin especificar si se refiere a uno o ambos cónyuges. (Ver TURNER SAELZER, Susan: “Las prestaciones entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol. XVI (2004), pp. 83-104; y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen: “*El convenio regulador...*”, p. 112). La doctrina se ha hecho cargo de ellos, delimitando su campo: La “buena o mala fe” se circunscribe a los casos de nulidad (PIZARRO WILSON, Carlos: “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, en: *Seminario Ley Nº 19.947 de Matrimonio Civil, 13 y 14 de octubre de 2004*, Santiago, Academia Judicial, 2004, p. 78; y VIDAL OLIVARES, Álvaro: “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio civil”, en: VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador): *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 264); y en relación a la consideración de la culpa, en general se concluye que no interesa la culpa del obligado a pagarla (VIDAL OLIVARES, Álvaro: “La compensación económica en la ley de matrimonio civil ¿un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?”, en: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Nº 215-216 (2004), pp. 280-281). Por esto, aunque no queda dicho en forma expresa, la norma contenida en el art. 62 inc. 2º, en cuanto regula expresamente la culpa del beneficiario, permitiría concluir que la que pueda caberle al deudor no debe tomarse en cuenta, y que por lo tanto, el juez no podría considerarla argumentando que los criterios designados en el art. 62 no son taxativos.

<sup>5</sup> SÉRIAUX, Alain: “La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris”, en: *Revue Trimestrele de Droit Civil*, tomo 1 (1997), p. 58. El autor agrega “No obstante todos los respetuosos legalismos, el jurista tiene el deber de preguntarse por las justificaciones: las razones de ser de una regla, aquellas que han sido el origen” (la traducción de las citas en francés o en inglés es nuestra).

brio económico y la protección de la confianza creada en el cónyuge dedicado al hogar. Me permito hacer dos advertencias: la primera, dichos fundamentos no son incompatibles entre sí, por lo que es posible su complementación por parte de los autores, como de hecho ocurre; la segunda, desde luego que no se agotan en ellos todas las posibilidades a la hora de buscar el fundamento de la compensación<sup>6</sup>.

a. Sistema privado de soporte de las consecuencias negativas de la discriminación de género

Esta postura es sostenida por Paulina VELOSO<sup>7</sup>, que sugiere, que el fundamento de la compensación económica se debe a la necesidad de paliar una discriminación de género. La autora, al referirse a esta institución, comienza su análisis no desde el supuesto legal, sino desde la constatación de un hecho: el empobrecimiento de la mujer tras el divorcio, y consecuentemente, el de los hijos, lo que, en su opinión, se debe en términos generales a una discriminación de género. La compensación, bajo el análisis del principio de igualdad, consagrado constitucionalmente, sería un mecanismo jurídico, que el Estado estaría obligado a introducir por razones jurídico constitucionales y también vinculadas al derecho internacional, destinado a asegurar una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres postdivorcio y tender hacia una mayor igualdad de hecho entre los mismos.

La autora se pregunta qué puede hacerse en relación con el divorcio, y básicamente analiza las respuestas que desde la legislación y la autoridad pueden darse, y que son: a.-) impedir el divorcio o restringirlo; b.-) estimar que el problema no compete al Estado, y que el ordenamiento no tendrá por qué arbitrar un remedio para las situaciones postdivorcio; c.-) que el Estado atienda de manera asistencialista el problema, asumiendo las funcio-

<sup>6</sup> El análisis que sigue se circunscribe a las diversas posturas que pueden hallarse en la doctrina nacional, y solo se agregan argumentaciones de autores extranjeros en cuanto sirven para apoyar o cuestionar a alguna de ellas. Excluimos de este análisis, por tanto, otros fundamentos que la doctrina extranjera pueda plantear en el derecho comparado, ya que si bien recurrir a ella puede resultar de ayuda, hay que tener presente que no es posible extrapolar sus conclusiones, pues la diversidad de los textos que contemplan una prestación postdivorcio en el derecho comparado difieren entre sí y con el derecho chileno, no solo en sus aspectos formales, sino también en las condiciones generales de procedencia, que es lo que, principalmente, permite determinar su fundamento. Lo anterior debe entenderse además, sin perjuicio de que otros autores nacionales, al referirse a la compensación, sugieran que el fundamento de ella se encuentra en otras ideas, aunque las excluimos del análisis por cuanto no son desarrolladas. Así por ejemplo, Pablo Rodríguez Grez señala que “en el fondo esta norma encubre la existencia de una especie de comunidad sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio”, pero no desarrolla la cuestión; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: “Matrimonio y divorcio vincular”, en: *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 9 (2004), pp. 11- 24.

<sup>7</sup> VELOSO VALENZUELA, Paulina: “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en: *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 13 (2006), p. 171-187.

nes que tradicionalmente realiza la mujer sin contraprestación económica; d.-) Desde una perspectiva distributiva de los costos del divorcio entre los sujetos intervinientes, la autora se inclina por esta última solución, y señala que la idea central es que no debe ser la mujer quien soporte las consecuencias negativas de la desigualdad social, y que la compensación, por lo tanto, constituye un sistema privado de soporte por parte del ex cónyuge.

Así, para esta autora la justificación del derecho del cónyuge que se ha dedicado al hogar –para este análisis, exclusivamente la mujer– se encuentra en la discriminación de género. La justificación de que sea el marido quien deba soportar responde a la perspectiva de compartir, a nivel individual de cada pareja, esta discriminación de género como una opción legislativa, que se justifica en cuanto la idea de Estado Social o Estado de bienestar se encuentra en retirada.

Me parece que el análisis de la autora, atendida la realidad chilena, es plausible. La compensación tendrá por función, en la mayoría de los casos, evitar el empobrecimiento de la mujer, y de hecho, de las discusiones parlamentarias se desprende que esta institución esta orientada a la protección de la mujer.

No obstante, hay que considerar que la compensación no es exclusiva para las mujeres. Por otro lado, las causas de la desigualdad no se restringen al rol que cada cónyuge cumple en la vida matrimonial, y de hecho la misma autora pone de relieve que, en definitiva, la desigualdad se debe a que las mujeres ingresan menos al campo laboral y además, reciben remuneraciones inferiores.

Por lo anterior, no creo que sea este el fundamento de la institución. Tampoco parece que la compensación económica se configure como la mejor vía para disminuir la discriminación a la mujer, pues, a modo de ejemplo, si la mujer trabajó todo lo que podía o quería, según los mismos datos aportados por la autora, se constatará igualmente un desequilibrio, pues las manifestaciones de la discriminación seguirán presentes (no pudo trabajar porque nunca encontró un trabajo que le gustara, o bien trabajó todo lo que quiso, pero su remuneración era mucho menor) y no habrá, sin embargo, compensación.

Por lo demás, en el derecho chileno, tal como señala el texto legal, la compensación económica tiene por objeto compensar un menoscabo, prefiriéndose esta palabra por sobre desequilibrio o desigualdad. Según el diccionario de la Real Academia, podemos entender por desequilibrio la falta de contrapeso, contrarresto, o de armonía entre cosas diversas y por desigualdad la falta de equivalencia de dos cantidades o expresiones. Por menoscabo se entiende Disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo o bien Deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía. Como puede apreciarse, preferir uno de estos térmi-



nos no es indiferente. Mientras los conceptos de desequilibrio y de desigualdad ponen el acento en la relación existente entre dos cosas, la de menoscabo se refiere a un detrimento de una cosa, no en comparación con otra, sino en relación a la situación en que esa misma cosa se encontraba en otro momento.

La autora no integra en su análisis el rol que la culpa del cónyuge beneficiario juega en la titularidad de la compensación, salvo para señalar que, debido a que por regla general la mujer será la beneficiaria, la privación de la compensación en este supuesto es discriminatoria en sus efectos, y por lo mismo, de dudosa constitucionalidad. Tampoco hace mención a la eventual consideración de la culpa del cónyuge deudor, o del criterio de la buena o mala fe.

b. El fundamento se encuentra en el enriquecimiento a expensas del otro

Otros autores han sostenido que es posible encontrar el fundamento de la compensación económica recurriendo al principio general del derecho del enriquecimiento sin causa. Entre ellos, destaca la postura de Carlos PIZARRO<sup>8</sup>.

El autor sostiene que el trabajo desempeñado por el cónyuge beneficiario significó un enriquecimiento del cónyuge deudor, puesto que este último gozaba de un nivel de vida en razón del sacrificio del cónyuge beneficiario. Así, señala este autor que “la explicación más apropiada consiste en la compensación del menoscabo económico del cónyuge beneficiario y el enriquecimiento injusto del cónyuge deudor, elementos propios del enriquecimiento a expensas de otro. Uno de los cónyuges resulta beneficiado en virtud del sacrificio del otro durante el desarrollo de la vida marital. El enriquecimiento y empobrecimiento deben evaluarse para compensar al cónyuge más débil”<sup>9</sup>. El empobrecimiento se miraría, no tanto en la merma en el patrimonio, sino en el empobrecimiento respecto de las expectativas futuras<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> PIZARRO WILSON, Carlos: “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, N° 3 (2004), p. 83.

<sup>9</sup> PIZARRO WILSON: “La compensación económica...”, pp. 90-91.

<sup>10</sup> En las discusiones parlamentarias, la profesora señora Veloso indicó que esta figura es nueva en el derecho comparado: se contempla en la legislación española del año 1981 y en la suiza del año 1999, que tienen similar regulación. La jurisprudencia de esos países ha invocado el enriquecimiento sin causa, la misma razón invocada por los tribunales chilenos para acoger los derechos de los convivientes. Ello, porque se estima que la mujer no se pudo incorporar plenamente al mercado laboral y el divorcio le genera un empobrecimiento respecto de las expectativas que tenía de casada. Es un enriquecimiento sin causa, porque uno de los cónyuges se desarrolló económicamente a costa del sacrificio del otro, que se dedicó al cuidado del hogar y los hijos comunes. Boletín 1759-18, p. 197.



Cabe destacar que esta idea del enriquecimiento injusto como fundamento del pago de una prestación postdivorcio también ha sido recogida en el derecho comparado, encontrando en algunos casos incluso consagración legal<sup>11</sup>.

Esta postura nos presenta un fundamento de derecho común, el principio del enriquecimiento sin causa, que justificaría tanto el derecho del cónyuge beneficiario como el porqué será el otro cónyuge quien deba soportarlo, desde que tal principio pone en relación a dos sujetos: uno, el que se ha visto injustamente empobrecido, y el otro, quien se ha enriquecido injustamente a costa del otro.

La ventaja de esta postura es que desvincula el fundamento de la compensación de las consideraciones propias de los roles tradicionales de los hombres y las mujeres, por lo que sirve igualmente para explicar la institución sea que el beneficiario sea hombre o mujer. Por otro lado, existe abundante doctrina y jurisprudencia sobre este principio, lo que facilitaría su aplicación.

Sin embargo, la explicación a través de este principio no parece del todo satisfactoria, pues supondría partir de la base que el enriquecimiento que se produce en este caso, es injusto. Tomando las palabras de Encarna ROCA, al comentar la utilización de este principio como fundamento: "...esto podría defenderse solo si concurrieran las características que la jurisprudencia atribuye a este principio para que se pueda reclamar en base al mismo..."; y luego agrega "difícilmente se puede argumentar diciendo que los papeles sociales que se atribuyen a cada cónyuge en el matrimonio y que son asumidos voluntariamente en sus relaciones internas y externas, producen un enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a costa del otro. Esto es posible argumentarlo en las relaciones de hecho dado que no existe la base matrimonial, pero no puede ser una razón en el matrimonio"<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Así, el Código de Familia de Cataluña, en el art. 41, ubicado dentro de la regulación del régimen de separación de bienes, contempla, con el mismo nombre, una compensación económica, que procede en los casos que exista un desequilibrio económico que implique un enriquecimiento injusto. Al respecto el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en algunas sentencias, ha señalado que la dedicación al otro cónyuge genera *per se* un enriquecimiento. LAMARCA MARQUES, Albert: "Separación de bienes y desigualdad patrimonial: la compensación económica por razón de trabajo", Working Paper de Dret Català Nº 2, Barcelona, 2003, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com). Sin embargo, es importante destacar que esta compensación económica coexiste y es compatible una pensión compensatoria, consagrada en estos términos: "El cónyuge que, como consecuencia del divorcio o la separación judicial, vea más perjudicada su situación económica y, en caso de nulidad, solo en cuanto al cónyuge de buena fe, tiene derecho a recibir del otro, una pensión compensatoria que no exceda el nivel de vida del que disfrutaba durante el matrimonio, ni el que pueda mantener el cónyuge obligado al pago" (art. 84 del Código de Familia de Cataluña.). Se discutió por los tribunales, en un principio, la compatibilidad de la compensación económica con la pensión compensatoria, pero la cuestión fue expresamente resuelta por la Ley 9/1988 de 15 de julio.

<sup>12</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: "Familia y cambio social (de la 'casa' a la persona)". Documento anexo del Boletín 1759-18, p. 863. Lo anterior también ha sido sostenido en el derecho anglosajón: "Si estaban casados, tiene derecho a una distribución equitativa de los activos

En este sentido, creo que la dificultad que existe para entender que en el matrimonio opera un enriquecimiento sin causa deriva que, si se va a examinar el enriquecimiento y el empobrecimiento de los cónyuges, habrá que considerar también que, si bien podrá sostenerse que el cónyuge beneficiario se ve empobrecido en sus expectativas, no es menos cierto que durante la vigencia del matrimonio, en el supuesto en que proceda una compensación, su sustentación ha sido soportada por el otro cónyuge. El “empobrecimiento” que el cónyuge beneficiario ha sufrido, al cuidar a los hijos o el hogar común, ha tenido, al menos en parte, su contrapartida en el sacrificio que el cónyuge deudor ha debido hacer para su manutención y la de los hijos.

Por otro lado, la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, con la amplitud que ella otorga generalmente al término “empobrecimiento” podría llevar a la reparación incluso del lucro cesante, de difícil determinación, sobre todo considerando que los ingresos en la familia suelen ser invertidos en mejorar el estatus de vida, por lo que aun cuando se hubieran obtenido más ingresos, es dable pensar que ellos no estarían en el patrimonio del cónyuge beneficiario.

Como un último comentario, resulta difícil explicar a través de este fundamento por qué, si ha existido un enriquecimiento injusto por parte de un cónyuge, pueda ocurrir que la compensación sea negada en caso que el cónyuge beneficiario hubiera dado lugar al divorcio por su culpa. ¿Acaso la culpabilidad del cónyuge acreedor torna al enriquecimiento del otro en justo, le otorga causa? Al menos PIZARRO no se detiene en este punto.

c. El fundamento se encuentra en el desequilibrio económico y la protección de la confianza creada en el cónyuge dedicado al hogar

Esta postura ha sido propuesta por Álvaro VIDAL<sup>13</sup>, quien, a la hora de explicar el fundamento de la compensación económica, comienza por explicar que los cónyuges se unen para formar una comunidad de vida, cuestión que da origen a una solidaridad conyugal, a un proyecto de convivencia, que por un lado, justifica los sacrificios que cada uno hace, y por otro, las expectativas de tipo patrimonial que cada uno tiene y que emanan del estatuto protector del matrimonio.

---

acumulados durante el matrimonio, que procede a menudo desde la premisa que la riqueza matrimonial debe ser dividida en partes iguales. No es enriquecimiento injusto, idea que se aplica más para las relaciones de convivencia”: SHERWIN, Emily: “Unjust Enrichment in Heartbreak Cases”, en: *Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series*. Paper 5 (2004), p. 13, disponible en <http://lsr.nellco.org/cornell/lrsp/papers/5>.

<sup>13</sup> VIDAL OLIVARES: “La compensación por...” y VIDAL OLIVARES: “La compensación económica...”.

Así las cosas, la asimetría que pueda darse entre los cónyuges en relación a los sacrificios que cada uno haga resulta irrelevante durante en matrimonio, pero a su terminación, las expectativas patrimoniales desaparecen y los sacrificios realizados en pos de dicha comunidad de vida dejan de tener sentido. Si debido a esta situación los cónyuges quedan en un plano de desigualdad para comenzar su vida separada y autónoma, se justifica que la ley reaccione y corrija dicha desigualdad.

En consecuencia, la compensación económica encuentra su fundamento en el desequilibrio o disparidad a causa de que uno de ellos no se dedicó a labores remuneradas o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, por haberse dedicado al cuidado del hogar, y por otro lado, en la protección a la confianza de que el matrimonio es por toda la vida. El menoscabo económico se asimila a la lesión a la confianza creada en el cónyuge dedicado al cuidado del hogar, y la compensación debe buscar dejarlo en una situación similar a la que se encontraría para enfrentar el futuro si durante el matrimonio no se hubiere dedicado a la familia. Para VIDAL, lo que se busca mediante la compensación económica es evitar que los cónyuges comiencen su vida separados en un pie desigual en el aspecto económico<sup>14</sup>. Finalmente el autor concluye que el derecho a la compensación que se reconoce al cónyuge más débil se explica en último término en su sacrificio durante el matrimonio, en provecho de la comunidad de vida que implica el matrimonio y el no hacer participar al otro cónyuge de su estatus económico resultaría abiertamente injusto.

Esta postura delimita la extensión de la compensación, excluyendo, por ejemplo, el lucro cesante, la pérdida de los costes de oportunidad laboral, que algunos autores estiman comprendido en la compensación<sup>15</sup>. Tampoco comprendería una remuneración por el trabajo en el hogar o por la crianza de los hijos, por cuanto el punto de partida es que el rol que juega cada uno responde al libre ejercicio de una opción personal<sup>16</sup>. Finalmente excluiría

<sup>14</sup> Al respecto, VIDAL señala “que la idea que subyace en esta institución es que después del divorcio o la nulidad, ninguno de los cónyuges debe ver empeorada la posición económica que tenía durante el matrimonio, en términos tales que no pueda rehacer su vida autónomamente” y más adelante agrega: “Este desequilibrio económico es inaceptable y reclama una reacción del ordenamiento jurídico, y en el caso chileno –siguiendo los modelos del derecho comparado– se opta por la denominada compensación económica, cuyo objeto es precisamente corregir ese desequilibrio y así asegurar, en la medida de lo posible, que la vida futura separada del cónyuge afectado se desenvolverá en condiciones materiales similares a las de la vida matrimonial”, VIDAL OLIVARES: “La compensación por...”, pp. 221 y 222. Sin embargo, nótese que el autor parece contradecirse, pues en el mismo trabajo luego señala: “No es función de la compensación garantizar al cónyuge más débil el mismo estándar de vida que tenía durante el matrimonio” (Ibíd. p. 229).

<sup>15</sup> Entre ellos se encuentran BARRIENTOS y NOVALES: *Nuevo derecho matrimonial...*, p. 420.

<sup>16</sup> De acuerdo sobre este punto particular, se encuentra Susan Turner: “La situación de la compensación económica se encuentra agravada por cuanto la distribución de tareas dentro del matrimonio, remuneradas o no, surgieron del acuerdo privado de los cónyuges. En este

también todo daño moral que pudo haber sufrido el cónyuge, pues se limita al menoscabo económico<sup>17</sup>, y en caso alguno incluiría la indemnización de daños y perjuicios a que el cónyuge pudiera tener derecho según las reglas generales.

En este sentido, VIDAL integra a su explicación el fundamento del enriquecimiento sin causa, ya que señala que no es posible cuantificar lo que habría significado para el cónyuge beneficiario haber preferido incorporarse al mercado laboral, pero ello no quita que pueda reconocérsele un derecho a percibir una suma de dinero a título de compensación por el sacrificio que realizó, que parece injustificado si termina el matrimonio.

En relación a por qué es el otro cónyuge quien debe soportar el pago de dicha prestación, el autor señala que se trata de una decisión legislativa, pues “el legislador chileno lo hizo inclinándose por poner de cargo del otro cónyuge la obligación de compensar al más débil, pudiendo haber optado por otra solución, como la subsistencia del deber de socorro o trasladando el costo de la compensación al Estado, mediante el establecimiento de un sistema de seguridad social”<sup>18</sup>. Aunque no se pronuncia expresamente sobre el particular, desde que incorpora la noción de enriquecimiento injusto, tal decisión podrá hallar ahí su justificación.

Con el objeto de reforzar su postura, el autor cita a la profesora española GARCÍA RUBIO, señalando que dicha autora cree que “el único fundamento que puede llegar a justificar la existencia de una prestación económica entre los divorciados es, precisa y únicamente, la necesidad de uno de ellos, pero no cualquier necesidad, sino aquella que haya tenido su causa desencadenante en el anterior matrimonio y en posterior divorcio”. Esta consideración no es menor, pues el mismo autor señala que la compensación en parte también cumple una finalidad asistencial similar a la asignada a los alimentos debidos por ley. El autor incorpora, de esta forma, también un fundamento asistencial, aunque ello no implica concluir que su naturaleza sea alimenticia<sup>19</sup>.

---

sentido, parece más legítima la intervención judicial destinada a precaver situaciones perjudiciales futuras que aquella dirigida a una revisión de los roles asumidos por los cónyuges...”. TURNER SAELZER, Susan: *Las prestaciones entre cónyuges...* p. 99. En contra, VELOSO: “Algunas reflexiones...”. Según lo ya señalado, al presentar su postulado, el rol que cada cónyuge juega, lejos de ser una opción personal, está absoluta o mayoritariamente marcado por una discriminación contra la mujer.

<sup>17</sup> En el mismo sentido, Pizarro: “La compensación económica no cubre este tipo de daño (moral) pues se refiere solo a un perjuicio material, y en ningún caso de índole extrapatrimonial o moral”, PIZARRO WILSON: *La compensación económica...* p. 89.

<sup>18</sup> VIDAL OLIVARES: “La compensación por...”, p. 247.

<sup>19</sup> El autor consigna que la misma autora señala que se “rechaza de plano la naturaleza indemnizatoria de la pensión económica y entiende que la pensión actúa como remedio corrector del desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata del divorcio”. Por lo mismo, el fundamento asistencial impide retornar a la naturaleza alimenticia, y de hecho el autor se preocupa de aclarar que García Rubio distingue claramente entre el derecho de alimentos y la pensión compensatoria.

Este fundamento supera algunas de las limitaciones que, en mi opinión, presentan los otros postulados. Por un lado, desvincula el fundamento de la compensación de la discriminación de género, lo que permite que dicho fundamento sea válido también para las hipótesis en que el acreedor será el marido. Por otro lado, al integrar el fundamento del enriquecimiento sin causa, lo complementa y explica, permitiendo una lectura del mismo que considera las características propias de la relación matrimonial.

Este fundamento determina, además, que VIDAL vea en la compensación económica una naturaleza jurídica propia, pero lejos de detenerse en esa afirmación, intenta explicar cuál es dicha naturaleza *sui generis*; señala que “la compensación económica es una obligación legal impuesta a uno de los ex cónyuges, cuyo objeto es corregir el desequilibrio económico que el divorcio o la nulidad produce (...) la ley reacciona ante el menoscabo económico y protege al cónyuge que lo experimenta”. Para el autor, el título que justifica la imposición de la obligación de compensación al cónyuge es la propia ley. El aspecto novedoso viene dado principalmente por lo siguiente. VIDAL entiende la expresión compensar no como una indemnización, sino que por compensación entiende “igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra”, conclusión a la que arriba recurriendo al texto de los modelos francés y español<sup>20</sup>. Esta igualación

---

Cabe destacar que la idea de que es el estado de necesidad lo que autoriza al cónyuge a demandar una prestación postdivorcio, ha tenido expresa acogida en el derecho comparado. En muchos ordenamientos se requiere que el ex cónyuge se encuentre en un estado de necesidad, aunque no es necesario que se deba a las condiciones en que se desarrolló el matrimonio, y generalmente en estos casos, la prestación postdivorcio toma la forma de una pensión alimenticia. En Dinamarca, por ejemplo, los ex cónyuges pueden obtener una pensión alimenticia después del divorcio, para lo cual es preciso que el demandante disponga de un ingreso mensual inferior al salario promedio y que, en caso de no haber hijos, el matrimonio haya durado al menos cinco años. También, en forma independiente, pueden demandar una suma destinada a compensar la pérdida de recursos como consecuencia del divorcio, en el caso del régimen de sociedad conyugal, cuando uno de ellos tenga bienes propios que no pueden ser tomados en cuenta en la partición de la comunidad, y en el caso del régimen de separación, si bien en principio el divorcio no tiene consecuencias patrimoniales para los esposos, la ley permite que cuando las circunstancias y duración del matrimonio lo justifiquen, un cónyuge podrá ser condenado a atribuir al otro una parte de su patrimonio, a fin de que el divorcio no se traduzca en un desequilibrio excesivo en la situación de los esposos. En Suiza, el pago de una pensión alimenticia ya no es la regla y solo será justificada por la imposibilidad de que afecte a uno de los cónyuges de satisfacer a sus necesidades. Ver *Les Consequences Patrimoniales du Divorce*, Division des études de législation comparée du Service des affaires européennes, Les Documents de travail du Senat, série Legislation Comparée N° LC 72 (France, 2000).

<sup>20</sup> Encarna Roca al respecto señala que si bien en su tramitación parlamentaria se puso de relieve la discrepancia de las opiniones de los ponentes sobre la naturaleza que habría que dar a este nuevo derecho, la solución a que se llegó fue la de entender que se trataba de una compensación, tal como se había propuesto en la defensa de este derecho en las discusiones parlamentarias. Ver ROCA TRÍAS: “Familia y cambio...”.

busca comparar la situación económica de los cónyuges, y de haber desigualdad, busca dejarlos en pie de igualdad para comenzar una vida separada, destacando que no se trata de igualar patrimonios, sino condiciones económicas para enfrentar el futuro. El objeto de la compensación no es reparar el menoscabo, sino corregirlo, a fin de prevenir un empeoramiento del cónyuge más débil.

El autor concluye que la compensación económica se asimila a aquellos casos en que la ley obliga a una persona al pago de una indemnización, que en realidad no constituye verdaderamente una indemnización por daño, pues se trata de prestaciones dinerarias cuyo fundamento se encuentra en una desigual distribución de cargas, o en una situación de sacrificio especial o simplemente una situación de enriquecimiento sin causa. Utilizando la nomenclatura del autor español DIEZ PICAZO, señala que la compensación económica es una prestación indemnizatoria por sacrificio, pudiendo el vocablo indemnización ser utilizado sin inconveniente, mientras se tenga claro que son completamente distintas a las indemnizaciones por daño<sup>21</sup>. La compensación, en este sentido, no es sinónimo de indemnización en sentido estricto, sino de corrección o igualación. Otros ejemplos en que se daría esta situación es la indemnización en los casos de expropiación pública (art. 19 N° 24 de la CPR), de las servidumbres legales (art. 847 del código civil) y los supuestos de enriquecimiento sin causa en que la ley utiliza la expresión indemnización, como ocurre en la responsabilidad del que recibe provecho del dolo ajeno (art. 1458 y 2316 del CC).

Tal vez se podría creer que la idea de sacrificio, sobre la cual giraría la necesidad de esta igualación, aparentemente se desvanece, cuando más adelante el autor señala que el motivo por los cuales la compensación no puede incluir el lucro cesante, o una remuneración por la ejecución de las tareas del hogar, o incluso una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad laboral, es que el cónyuge beneficiario libremente opta por ello. Uno podría preguntarse ¿No estaría este sacrificio justificado y debidamente compensado en los beneficios vinculados a su satisfacción o realización personal? Sin embargo, precisamente el autor sostiene que dichos sacrificios solo están justificados mientras existe la comunidad de vida.

La postura de VIDAL propone, en términos generales, un fundamento adecuado para entender abstractamente la existencia de una prestación

<sup>21</sup> El autor en este punto, el profesor Vidal señala que Diez Picazo, al referirse a ella, afirma que el hecho de que la responsabilidad civil extracontractual cumpla una función de indemnizar un daño, obliga a separar las compensaciones que las leyes atribuyen a determinados sujetos como consecuencia de una pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como una recompensa parcial al sacrificio que se exige a sus titulares. Los postulados de Diez-Picazo se pueden encontrar en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas Ediciones, 1999.

postdivorcio, que pone de relieve que no existe un daño, sino un desequilibrio que se trata de corregir, el cual se justifica finalmente en el reconocimiento de la comunidad de vida, estrechamente vinculado a su carácter asistencial.

Sobre este punto, me permito destacar lo ya dicho al tratar la postura de VELOSO. El concepto de desequilibrio, así como el de desigualdad, pone el acento en la relación existente entre dos cosas. La de menoscabo, que es la que contempla la ley, se refiere a un detrimento de una cosa, no en comparación con otra, sino en relación a la situación en que esa misma cosa se encontraba en otro momento anterior<sup>22</sup>. A pesar de ello, la idea de daño no le es del todo ajena, pues la integra, aunque no identifica, cuando entiende que existe una lesión de ciertas expectativas patrimoniales.

Para esta postura, se trata, en definitiva, de una mirada objetiva respecto del desequilibrio entre los cónyuges. Por ello, cabría preguntarse como se explica a través de este fundamento la consideración de la conducta de los cónyuges, que incluso permite al juez denegar la compensación al cónyuge beneficiario en caso de que el divorcio haya sido decretado por su culpa. ¿La culpa opera como un criterio que justifica el desequilibrio? Ciertamente, no es esta la justificación de ello. En atención al fundamento planteado por VIDAL, se justificaría si se consideran dos aspectos en estrecha relación: por un lado, que finalmente se ve en la compensación un carácter asistencial y que por otro, la ley la ha puesto de cargo del otro cónyuge, por lo que la culpa en el divorcio equivaldría a una especie de “indignidad”. Se podría decir que el otro cónyuge, en consecuencia, debe merecerla.

En resumen, hemos analizado hasta aquí, tres posibles fundamentos de la compensación económica, partiendo de la base de que su naturaleza jurídica no se identifica con la responsabilidad civil. Asimismo, hemos puesto especial atención en la explicación que otorgan al por qué es el otro cónyuge quien debe soportarlo, desde que todos parten de la desvinculación con la culpa. Así, por un lado, encontramos como fundamento la necesidad de paliar las consecuencias de la discriminación hacia la mujer, y donde la

<sup>22</sup> Hay que tener presente que Vidal se apoya en la doctrina española. En el derecho español, la institución, que está contemplada en el artículo 97 del Código Civil, no es idéntica a la chilena, pues el supuesto típico no es el menoscabo producto de la imposibilidad de desarrollar una actividad remunerada debido al cuidado de los hijos o del hogar, sino que es el desequilibrio que existe en relación a la posición del otro. El texto español prescribe: “El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial”. Y aun así, en la misma doctrina española, aun cuando la dedicación al hogar es uno de los factores a considerar, y no un supuesto general de procedencia, hay autores que sostienen que se trata de “compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a la familia haya supuesto una pérdida...”: DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia y derecho sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 130 -131.



justificación de que sea el marido quien soporte se entiende desde una mirada privatista, donde los llamados a soportar los costos del divorcio son los propios cónyuges y no el Estado. Por otro lado, su fundamento podría hallarse en la aplicación del principio general del enriquecimiento sin causa, principio a través del cual se explica no solo el derecho que tiene el cónyuge beneficiario a recibir el pago de la prestación, sino que también el porqué será el cónyuge acreedor quien deba soportarlo, desde que es este quien se ha visto enriquecido injustamente. Por último, también podría encontrarse su fundamento en la necesidad de corregir la desequilibrio en que pueden quedar los cónyuges a la terminación del matrimonio, de cara a comenzar una vida separados, fundamento que integra además, la idea del enriquecimiento injusto y que sugiere además un fundamento asistencialista.

Me parece que la especialidad de la institución del matrimonio requiere que la explicación de la compensación supere la mera aplicación de los principios generales de Derecho, como el del enriquecimiento sin causa. Las tesis de Paulina VELOSO y de Álvaro VIDAL, mucho más específicas a la realidad matrimonial, ponen el acento en que se trata de corregir una desigualdad social o un desequilibrio.

En mi opinión, como ya he señalado, creo que es posible decir que la compensación tiene por finalidad resarcir un daño, sin que ello implique identificarla como un supuesto de responsabilidad civil. Por ello, me parece que es posible poner el acento en la idea de un menoscabo, respetando de esta forma el texto legal, idea que como señalamos en su oportunidad, pone de relieve la empeorada situación en que se encuentra una persona en relación a sí misma y no en relación a otro. De esta forma, me permito a continuación presentar un fundamento diverso para la compensación económica, que, junto con hacerse cargo de los demás elementos que hemos señalado como determinantes a nuestra tesis de la compatibilidad con una acción de daños, ponga de relieve también este aspecto.

## II. UNA PROPUESTA SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

En consideración de lo anterior, me parece interesante la posibilidad de proponer una explicación de la compensación económica que tome en consideración los elementos caracterizadores que configuran la comunidad de vida que el matrimonio supone, y que integre los elementos a partir de los cuales la ley consagra este derecho. Esto implica, por lo tanto, no solo incluir en la explicación del fundamento de la compensación a que puede tener derecho un cónyuge, la idea de menoscabo y su causa necesaria, esto

es, el que no haya podido trabajar o lo haya hecho en menor medida de lo que podía o quería por haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común, sino también una explicación acerca de cómo se desenvuelven los cónyuges al interior de un matrimonio y los roles que asumen. Esto supone sentar algunas bases: Por un lado, que la compensación pretende reparar un menoscabo, un especial tipo de daño; por otro, que el fundamento de la compensación se explica a la luz del divorcio.

En primer lugar, me parece importante destacar que el legislador ha preferido la noción menoscabo por sobre la de desequilibrio o desigualdad. Esto no es menor, pues mientras los conceptos de desequilibrio y de desigualdad ponen el acento en la relación existente entre dos cosas, la de menoscabo se refiere a un detrimento de una cosa, no en comparación con otra, sino en relación a la situación en que esa misma cosa se encontraba en un momento anterior. Esto lo hemos puesto de relieve al desarrollar los fundamentos propuestos por VELOSO y VIDAL. En mi opinión, es posible fundar la compensación en la necesidad de indemnizar un menoscabo, un especial tipo de daño que solo puede producirse en torno a la relación matrimonial, sin que ello implique decir que se trata de un supuesto de responsabilidad civil.

Por otro lado, se trata de explicar la compensación económica a la luz del divorcio, pues parece innecesario establecer una prestación compensatoria como la que analizamos para el caso de la nulidad. Decretado nulo el matrimonio, el principio general del enriquecimiento sin causa resulta totalmente aplicable, ya no para justificar la compensación, sino para justificar que, probados sus supuestos, el enriquecido debe realizar una prestación a favor del empobrecido. En el supuesto de la nulidad, nunca ha existido matrimonio, por lo que nada justificaría el menoscabo patrimonial de uno de los cónyuges, los roles asumidos de hecho, no son jurídicamente tales. De todas maneras se entiende que, con el fin de dar certeza a tal derecho, se consagre positivamente el derecho a una indemnización, como ocurre en el derecho español, que contempla una prestación compensatoria para los casos de divorcio y una indemnización en el caso de la nulidad<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Carmen Domínguez se pregunta en qué se funda que la compensación sea procedente en caso de nulidad, y concluye que su procedencia en materia de nulidad es producto de un error o desconocimiento de la misma: "En efecto –señala– si la nulidad por definición opera con efecto retroactivo dejando a las partes en la situación en que se encontraban antes de la celebración del matrimonio tal como si este nunca se hubiese celebrado, en términos de precisamente no causarle perjuicios y la compensación tiene por objeto devolverle al cónyuge el menoscabo económico experimentado por su postergación en razón del matrimonio, la compensación carece de causa, pero además sería una reparación de un perjuicio que no se ha producido". Luego agrega: "Ello, sin embargo, es independiente a los perjuicios que la nulidad del matrimonio pudiese causar y que siempre podrían demandarse de modo autónomo, según las reglas generales", DOMÍNGUEZ: "El convenio regulador...", pp. 107-108.

A partir de estas dos ideas, me resulta particularmente interesante, la posibilidad de acercarse al fundamento de la compensación económica a partir de los postulados del análisis económico del derecho (*Law and economics*), que ha encontrado en el derecho de familia, un amplio campo de investigación. Una de las líneas de análisis es precisamente el matrimonio<sup>24</sup>.

Tomaré como punto de partida la visión de uno de sus exponentes, Lloyd COHEN<sup>25</sup>. Para COHEN, el matrimonio puede explicarse como un *long-term contract*, un contrato “a largo plazo”. Es cierto que la naturaleza contractual del matrimonio es discutida, sin embargo, como lo señala Pablo SALVADOR, precisamente comentando los postulados de COHEN, “El matrimonio no solo es un contrato, pero también es tal y, más precisamente, es un contrato de duración indefinida, potencialmente, para toda la vida y, de hecho, la mayor parte de los contrayentes así lo creen cuando resuelven casarse...”<sup>26</sup>.

Estos contratos a largo plazo tienen en común el que descansan sobre algunas importantes o significativas inversiones que las partes hacen en activos específicos, cuyo valor disminuiría considerablemente si el proyecto común termina prematuramente. En la relación conyugal entre un hombre y una mujer, la inversión más significativa son los hijos, y en tal sentido, se trata de un contrato a largo plazo que permite invertir en el hogar.

La postura de este autor se basa en la consideración de la asimetría que existe sobre la oportunidad (el momento) de las inversiones que realizan hombres y mujeres. La mujer invierte en la crianza de los hijos y en la construcción del hogar antes, y espera permanecer con su esposo disfrutan-

<sup>24</sup> El análisis económico del derecho, dirigido al estudio de la familia, se sitúa a comienzos de la década de 1960, cuando Gary Becker publica sus primeros trabajos aplicando las herramientas de la economía al estudio de la familia, siendo galardonado con un premio Nobel en 1992, y dando con su trabajo nacimiento a una nueva área de estudio que se conoce como “*New Home economics*”. TSAOUSSIS, Aspasia: *The Economics of Family Law*. En *Economic Analysis of Law: A European Perspective*. Editado por Hatzis N, Aristides N. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, U.K. 2005. Artículo también disponible en: [www.unisi.it/sisle/Tsaoussis-Hatzis.pdf](http://www.unisi.it/sisle/Tsaoussis-Hatzis.pdf), versión que se utilizó.

<sup>25</sup> COHEN, Lloyd R.: “Marriage: the long term contract”, en: DNES, Antony y ROWTHORN, Robert (eds.): *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge University Press, 2002. pp. 10-35.

<sup>26</sup> Salvador agrega que, en este sentido, Cohen “asume el reto de defender el marco contractual en el matrimonio en el bien entendido de que nadie niega hoy la especificidad de la institución matrimonial (...) el contrato matrimonial se caracteriza porque una parte muy importante de inversiones matrimoniales son específicas del matrimonio mismo y porque el esfuerzo prestado en su realización no puede ser objeto de coerción legal. ¿Cómo se podrían ejecutar forzosamente los deberes que forman el contenido esencial del contrato matrimonial sin desnaturalizarlos de forma absoluta?”, SALVADOR CODERCH, Pablo: *La libertad de comprometerse: un alegato analítico*. Working Paper N° 119. Barcelona, 2003. Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)

do de la familia y el hogar por largo tiempo. El marido, en cambio, es liberado en un comienzo de las responsabilidades domésticas para desarrollar una carrera, la que cosechará altas ganancias más tarde en el ciclo de la vida. Por otro lado, Cohen observó que en general, los hombres se vuelven a casar en la mediana edad más fácilmente que lo que pueden hacerlo las mujeres.

Así las cosas, la existencia del matrimonio, como contrato a largo plazo, permite a las personas invertir en la relación, con cierta seguridad de que sus respectivas contribuciones se verán recompensadas. El matrimonio, como contrato a largo plazo, es un mecanismo de protección de estas inversiones específicas. De manera que, supuesto que el matrimonio permanece intacto, las inversiones que los esposos efectúan pueden ser apropiadamente recompensadas por la transferencia que se da entre los esposos<sup>27</sup>.

Pero la existencia del divorcio, y particularmente la del divorcio sin culpa, permitiría la existencia de un oportunismo postcontractual particularmente de parte del marido, quien no solo es quien invierte menos en los primeros años del matrimonio, sino que tiene más probabilidades de volver a casarse, lo que significa que podría incumplir el contrato y de esta forma, apropiarse de las cuasi rentas, que son aquellos beneficios de la relación que solo tienen utilidad en el marco de la relación misma. Dicho de otra forma, el esposo trabajador puede salirse del matrimonio después de llevarse mucho de los beneficios de la inversión específica en los hijos, pero antes de hacer su contribución financiera. Consecuencialmente, “las mujeres son las que toman los mayores riesgos en desarrollar el capital humano dentro del matrimonio, ya que el capital humano acumulado por las amas de casa (*homemakers*) es específico al matrimonio (*marriage-specific or homespecific*) y por lo tanto no es portátil. Al contrario, el capital humano acumulado por el otro, la capacidad de obtener remuneraciones, es completamente portátil y no es específico al matrimonio”<sup>28</sup>.

Lo anterior puede llevar, consecuencialmente, si no a evitar el matrimonio, al menos a realizar una inversión menor en él, puesto que bajo un régimen de matrimonio que no es para toda la vida, la expectativa de que las contribuciones serán recompensadas se torna más incierta, lo que llevaría a los cónyuges, especialmente a las mujeres, a invertir en ellas mis-

<sup>27</sup> JOHNSON, John y MAZINGO, Christopher: “The Economic Consequences of Unilateral Divorce for Children”, en: *Social Science Research Network Electronic Paper Collection* (2000). Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=236227](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236227).

<sup>28</sup> Así lo señala TSAOUSSIS: *The Economics of Family Law...* Sostiene además que la esposa que invierte en los niños puede renunciar a valiosas oportunidades de desarrollar destrezas, que podría vender en los mercados laborales. El esposo que es liberado de la responsabilidad del cuidado de los hijos puede trabajar afuera del hogar y contribuir con recursos financieros al matrimonio. La asimetría en la calidad de las inversiones de los esposos crea un riesgo de oportunismo.

mas más que en el matrimonio, como un mecanismo de aseguramiento personal<sup>29</sup>.

Para evitar propiciar el divorcio oportunista y sus eventuales consecuencias, Cohen sostiene que los daños a estas expectativas, en mira a las cuales se invierte, deben ser indemnizados.

Utilizando entonces las ideas básicas de Cohen, me parece que puede encontrarse el fundamento de la compensación económica que contempla la Ley de Matrimonio Civil, partiendo de la base que se trata de un mecanismo eficaz para evitar dicho oportunismo, y proteger las inversiones específicas que los cónyuges han hecho, y tal como se ha expresado en la historia de la ley, proteger principalmente a la mujer.

La ruptura del matrimonio, provoca un daño a las expectativas que tiene el cónyuge de un nivel de vida que disfrutaría en el futuro, expectativas que han justificado su inversión en el matrimonio. Desde este punto de vista, la compensación tiene por fundamento indemnizar el daño a estas expectativas, lo que consigue además reconocer el proyecto de vida que supone el matrimonio, a la vez que se presenta como un mecanismo eficaz para impedir el divorcio oportunista.

Con esto presentamos un fundamento que pone el acento en la idea de menoscabo, por sobre la de desequilibrio. Este menoscabo se traduce no en un lucro cesante, o en el coste de oportunidad, sino en un daño a las expectativas que tiene el cónyuge en disfrutar de un nivel de vida en el futuro que compense y justifique su inversión. No se trata de compensar la expectativa económica a la que el cónyuge renuncia por haberse dedicado al cuidado del hogar o los hijos, sino el daño a las expectativas que puede legítimamente tener, de cara a una vida matrimonial duradera, y en virtud de las cuales decide invertir y cooperar en la vida familiar.

---

<sup>29</sup> Esto también lo sostienen, desde un análisis económico del derecho, Shoshana Grossbard-Schechtman y Bertrand Lemennicier, quienes señalan que “las leyes de divorcio unilateral y el divorcio sin culpa incrementan no solo la tasa de divorcios sino que además la pobreza de las mujeres divorciadas. Como la culpa ya no es necesaria para obtener un divorcio, el divorcio unilateral pedido por los hombres a menudo penaliza a las esposas que renuncian a su propia carrera, quienes por consiguiente son más propensas a terminar pobres después del divorcio. Sin embargo, las mujeres que anticipan tal resultado invertirán menos en la relación matrimonial: ellas no querrán criar niños o sacrificar sus propias oportunidades de carrera...”: GROSSBARD, SCHECHTMAN y LEMENNICIER, Bertrand: “Marriage Contracts and the Law-and-Economics of Marriage: an Austrian Perspective”, en: *The Journal of Socio-Economics*, vol. 28, issue 6 (2000), pp. 665-690. Disponible también en línea en la página del profesor Lemennicier, <http://lemennicier.bwm-mediasoft.com/cv.php>, versión que se utilizó. Para comprender mejor lo anterior, cabe destacar que un supuesto clave del análisis económico del derecho es que las personas pueden invertir en ellas mismas, adquiriendo educación y entrenamiento, en orden a adquirir trabajos en que se requieran más destrezas y generar más dinero con posterioridad en el ciclo de la vida. Ver TSAOUSSIS: *The Economics of...*

De este modo, esta explicación permitiría entender expresiones utilizadas en las discusiones parlamentarias, tales como ‘no será gratis separarse’ y también porque se atribuye a la compensación un rol pro vínculo matrimonial<sup>30</sup>, que alguna doctrina nacional ha identificado como un elemento disuasivo del divorcio<sup>31</sup>. En efecto, en mi opinión estas ideas no dicen relación con que el pago de la compensación constituya un castigo al divorcio, o un premio al beneficiario, sino que se pueden perfectamente entender desde la perspectiva de evitar un oportunismo, un divorcio por conveniencia.

Carmen DOMÍNGUEZ parece otorgar esta función a la compensación económica –de reconocer el proyecto de vida y evitar el divorcio oportunista– pues señala que “parece injusto dejar al cónyuge que se encuentra en una situación desmejorada, librado a su suerte. Y ello resulta aún más cuando se contempla el divorcio unilateral –que algunos prefieren denominar más amigablemente como cese de convivencia– donde no existe posibilidad alguna para ese cónyuge de evitar la ruptura y, con ello, el término del deber de socorro”. Y luego agrega: “En efecto, la introducción de una compensación frente a la ruptura no es sino el límite que el reconocimiento absoluto de la libertad individual que el divorcio supone, encuentra en el Derecho”<sup>32</sup>.

La idea de que la compensación económica tiene por fundamento la indemnización de un daño a las expectativas en virtud de las cuales se ha invertido, ha sido sugerida por alguna doctrina civilista. Así, por ejemplo, Alain SERIÁUX, desentrañando el fundamento de la compensación en el derecho francés, sostiene que: “por lo tanto, el otorgamiento de una indemnización no puede sino descansar sobre y ser medida por la existencia de un

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, el senador señor Espina indicó que “aparentemente, tiene una discrepancia de fondo en cuanto a qué es lo que se pretende compensar, porque la tendencia moderna apunta a que ambos comparten la responsabilidad del cuidado de los hijos y los dos trabajan. Pero los datos, como señaló la señora Ministra, revelan que esa igualdad no existe en la práctica. La compensación es particularmente importante en el divorcio solicitado por uno de los cónyuges cuando ha cesado la convivencia, porque si la mujer se casó, educó a sus hijos, estuvo con ellos todo el tiempo generalmente por una decisión del marido o de ambos y de la noche a la mañana ese matrimonio fracasa, el marido deberá asumir el costo de querer construir una nueva familia. No será gratis separarse”. Por su parte, el senador señor Viera-Gallo señaló que “se trata de proteger al cónyuge que sea más débil por circunstancias muy diversas de edad, de condición social, etcétera, procurando con ello proteger a la familia y al matrimonio. Se traduce en que, si se quiere el divorcio o la nulidad, se deberá compensar a la otra persona. En todos los estudios contra el divorcio que hacen los sectores conservadores de Estados Unidos, el gran argumento en contra es justamente el de que produce una pauperización de la familia, de los hijos y de la mujer. En cambio, aprobar disposiciones pro vínculo matrimonial, como estas, responde a que se estima que el matrimonio es una de las bases principales de la familia”. Boletín N° 1.759-18, p. 193.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ: *Matrimonio y divorcio vincular...* p. 23.

<sup>32</sup> DOMÍNGUEZ: “El convenio...”, p. 102. La autora luego agrega “la compensación económica es el freno a la libertad irrestricta que tienen los cónyuges para poner término a su matrimonio, aun por sola decisión de uno de ellos”.

perjuicio: la lesión a un derecho. ¿Dónde, entonces, el derecho lesionado? Simple y llanamente, en la pérdida, para un esposo, de un nivel de vida que él podía hasta allí razonablemente pretender en virtud del matrimonio y correlativamente, por el incremento, para el otro esposo, de un nivel de vida al que no podía acceder en justicia mientras durara el matrimonio<sup>33</sup>. Entre nosotros, esta idea se acerca uno de los fundamentos que VIDAL señala, cuando consigna que, entre otros varios fundamentos, está presente también la idea de la “protección a la confianza del cónyuge en orden a que la comunidad que se forma era para toda la vida”<sup>34</sup>.

Este fundamento que proponemos permite explicar por qué dicha compensación debe ser, según la ley, en principio acordada por las partes. El art. 63 de la LMC señala: “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”. Se trata de negociar el valor que se le da a estas inversiones específicas, valoraciones que son puramente subjetivas, dependiendo en cada caso, y por lo mismo, son las partes (cónyuges) quienes están en mejores condiciones de valorar sus propias inversiones<sup>35</sup>. Asimismo, explica también por qué, en caso de que no exista acuerdo entre los cónyuges, se le entreguen al juez ciertos criterios que, en su mayoría, dicen relación con la situación del cónyuge beneficiario, los que irían todos orientados a valorizar estas inversiones. En concordancia con lo anterior, Antony DNEs<sup>36</sup> sostiene que los cónyuges estarán de

<sup>33</sup> SÉRIAUX: *La nature juridique...*, p. 59.

<sup>34</sup> VIDAL OLIVARES: “La compensación por ...”, p. 228.

<sup>35</sup> Y, además, hay que destacar que los cónyuges no están sujetos a las limitaciones que la ley impone al juez a la hora de determinar la forma del pago de la compensación, contenidas en el art. 65 de la LMC. En consecuencia las partes, de común acuerdo, pueden fijar una modalidad diversa, como por ejemplo el pago de una renta vitalicia. Ello refuerza la idea de menoscabo que hemos propuesto, la lesión a las expectativas en virtud de las cuales se ha invertido, de cara a un matrimonio indisoluble. La Corte de Apelaciones de Valparaíso se ha pronunciado en este sentido: “Que este tribunal discrepa de la opinión de la señora Fiscal Judicial, contenida en su informe de fs. 41 en cuanto a que no habiendo pronunciamiento del pago de la renta vitalicia mensual a que se obligó el actor, según lo expuesto, estima que sería procedente devolver los autos a primera instancia a fin de que se complemente dicho fallo, de conformidad a los artículos 64 y 65 de la Ley 19.947. Tales artículos razonan sobre la base de que no ha existido acuerdo entre los cónyuges, en orden a determinar la procedencia de compensación económica fijando su monto lo que, según lo expuesto, no ha ocurrido en la especie ya que el convenio referido forma parte de la conciliación a que llegasen ambos cónyuges, con el objeto de poner fin al matrimonio que mantuviesen a la que, por lo demás se hace referencia en el motivo segundo de tal sentencia”: *ANGULO con TRONCOSO*: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de septiembre de 2005 (consulta, rol N° 1.528-05), en: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) y también en Lexis Nexis (N° identificador: 33157).

<sup>36</sup> DENS, Antony: “The Life-profile Theory of Marriage, Cohabitation, and Same-sex Marriage”, University of Hull, England, 2004. Disponible en: American Law & Economics Association Annual Meetings, The Berkeley Electronic Press, paper 65, <http://law.bepress.com/alea/14th/art65>.



acuerdo en divorciarse porque el cambio incrementará el bienestar de uno mientras el bienestar del otro es, al menos, mantenido. Alternativamente, una parte podrá forzar el divorcio, pero requerirá mantener el valor de la promesa hecha a la otra parte, y solo haría eso si puede anticipar que es mejor como resultado salirse, y –agregamos – pagar la compensación.

Este fundamento también permite explicar por qué, en algunos sistemas de derecho positivo, se señala al juez que debe tener en cuenta una especie de mínimo para la compensación, por ejemplo, que debe permitir al cónyuge mantener al menos el mismo nivel de vida que tenía. Desde este punto de vista, un criterio como el señalado no tendrá por objeto directo el aseguramiento de un nivel de vida, sino que se presenta como una presunción de que el mínimo que el cónyuge beneficiario querrá (la valoración mínima que otorga a sus expectativas) equivale a lo que tenía en el matrimonio, y que es a lo razonablemente podía aspirar de continuar tal situación<sup>37</sup>.

De la misma manera, la propuesta explica también por qué ha de considerarse la situación patrimonial del cónyuge deudor. Su consideración está expresamente contemplada en la LMC, pues el art. 62 señala “la situación patrimonial de ambos”. La situación del cónyuge beneficiario se justifica lógicamente en cuanto permite, junto con los demás factores, valorar el menoscabo sufrido. En el caso del cónyuge deudor, este fundamento justifica su inclusión sin necesidad de recurrir al fundamento alimenticio. La razón para que se considere, en consecuencia con el fundamento que postulo, es que la situación económica del cónyuge influye directamente en las expectativas que el otro pueda razonablemente tener, pues la buena o mala situación del cónyuge deudor repercutiría en el nivel de vida a que podría aspirar el cónyuge beneficiario de continuar al matrimonio, por lo tanto, es absolutamente justificable que se considere a fin de determinar el daño a las expectativas<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Por ejemplo, el art. 84 del Código de Familia de Cataluña, que en su inciso primero señal “El cónyuge que, como consecuencia del divorcio o la separación judicial, vea más perjudicada su situación económica y, en caso de nulidad, solo en cuanto al cónyuge de buena fe, tiene derecho a recibir del otro una pensión compensatoria que no exceda el nivel de vida del que disfrutaba durante el matrimonio, ni el que pueda mantener el cónyuge obligado al pago”.

<sup>38</sup> La Corte de Apelaciones de Antofagasta, confirmando el fallo de primera instancia, ha considerado el monto de la pensión de alimentos que el demandado se había obligado a pagar algunos años antes, como base para establecer la situación patrimonial de los cónyuges y determinar consecuentemente la existencia del menoscabo y el monto de la compensación. La Corte Suprema rechazó el recurso de casación por estimar que la consideración de debilidad del cónyuge es hecho ya establecido por los jueces de fondo (*Larraín con Morales*: Corte de Apelaciones de Antofagasta, 24 de marzo de 2006 (recurso de apelación), en: LexisNexis, número identificador: 34822). Esto no significa garantizarle al cónyuge beneficiario la perduración de la pensión, pero evidentemente que seguir recibiendo tal monto por concepto de pensión alimenticia es una expectativa razonable que la declaración del divorcio lesiona, por lo que dicho monto puede ser tomado en cuenta para determinar el menoscabo sufrido.

Otro aporte que ofrece este fundamento es la posibilidad de integrar en su explicación el porqué al cónyuge beneficiario podría disminuirse o negársele la compensación, más allá de la aplicación de una sanción, ya sea por aplicación del *nemo auditor* o por considerarse indigno de merecerla. En efecto, de acuerdo a nuestra propuesta, la conducta culpable que pueda tener uno de los cónyuges no es considerada para sancionarla, sino que se le mira como un incumplimiento del contrato, una decisión de ponerle término al matrimonio, lo que supone, de acuerdo a lo expuesto, que se ha pensado que resulta más conveniente salir del matrimonio que permanecer en él. Así, la conducta culpable por parte del cónyuge deudor que pone fin al matrimonio es una manifestación del oportunismo postcontractual, exactamente igual que si solicitara el divorcio en forma unilateral, de manera que la salida del contrato-matrimonio supone que pague al otro el daño a las expectativas en vista a las cuales ha invertido. Por su parte, la conducta culpable por parte del cónyuge que podría ser beneficiario de una compensación es igualmente un incumplimiento, que si bien no estará determinado por un oportunismo, supone de todas maneras un balance de costo-beneficio, es decir, de una decisión sobre la conveniencia de salirse. Sin embargo, la conveniencia de dicha decisión no puede estar determinada por la posibilidad de obtener una compensación económica.

Dicho de otro modo, como la mujer, quien será por regla general la beneficiaria, invierte en función de que su colaboración será recompensada después en el ciclo de la vida, en la misma relación matrimonial, o bien antes, en el caso del divorcio oportunista del marido, resulta del todo justificado que la compensación le pueda ser denegada o disminuida si es ella quien incumple el contrato mediante su actuar culpable, pues la protección de su inversión ha dependido en dicho caso exclusivamente de ella, y parece excesivo pensar que si ella decide abandonar el contrato deba indemnizársele el daño a las expectativas en vistas a las cuales invirtió, pues precisamente su conducta culpable que deriva en divorcio, sugieren una decisión basada en que sus expectativas son mayores fuera que dentro del matrimonio. Así, se puede explicar el art. 62 sin necesidad de otorgarle un carácter sancionador de la culpa.

En relación a este último punto, me parece correcto que la fórmula legal constituya una facultad para el juez, y que la denegación o disminución no sea una consecuencia necesaria –razón de más para sostener que no se trata de una sanción– pues bien puede ocurrir que se pretenda obtener el divorcio, o en definitiva se obtenga, por ejemplo, por culpa de la mujer, invocando la causal abandono del hogar, a fin de que la compensación que le pudiera corresponder a ella le sea denegada o disminuida. Si la pérdida o disminución de la compensación fuera una consecuencia inevitable de la declaración del divorcio declarado culpable, podría resultar injustificada, si,

en el mismo ejemplo, el abandono se debió a los malos tratos del marido. Por esto, su aplicación facultativa permite utilizar correctamente la compensación económica como mecanismo de protección a las inversiones específicas del matrimonio.

## CONCLUSIÓN

La propuesta que se presenta sobre el fundamento de la compensación económica no solo la explica a partir de la realidad matrimonial y la forma en que los cónyuges se desarrollan al interior de ella, sino que permite entender la inclusión de ciertos factores subjetivos que la ley ordena al juez considerar, sin necesidad de otorgarle a la compensación un sentido punitivo, y a la vez, delimita suficientemente el daño que ella pretende resarcir. Ello nos permite concluir que, por tanto, la compensación económica es compatible con una indemnización de perjuicios causados por el divorcio o por los hechos que le dan lugar, lo que no quiere decir, de por sí, que sea posible dicha indemnización, cuestión que desde luego requiere más estudio. Lo que se pretende establecer hasta este punto es que, si bien existe una protección al cónyuge perjudicado por el divorcio en la LMC, protección que viene dada por la ley a través de la institución de la compensación económica, esta no pretende resarcir todos los perjuicios que se deriven o produzcan con ocasión del divorcio, sino que apunta a una proteger patrimonialmente en un supuesto específico, cuya hipótesis se encuentra en la misma ley y cuyo fundamento dependerá según la postura que se adopte.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno: Ley Nº 19.947, celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad* –2ª edición–, LexisNexis, Santiago, 2004.
- COHEN, Lloyd R., “Marriage: the long term contract”, en: DNES, Antony W. y Rowthorn, Robert (eds.): *The Law and Economics of Marriage and Divorce*. Cambridge University Press, 2002, pp. 10-35.
- DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia y derecho sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2002.
- DNES, Antony W., “The Life-profile Theory of Marriage, Cohabitation, and Same-sex Marriage” [en línea] University of Hull, England, 2004. Disponible en *American Law & Economics Association Annual Meetings*, The Berkeley Electronic Press, paper 65 [citado el 26/07/2006] <http://law.bepress.com/alea/14th/art65>.

- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en: *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, N° 11 (2005), pp. 91-122.
- GROSSBARD, SCHECHTMAN y LEMENNICIER, Bertrand, “Marriage Contracts and the Law-and-Economics of Marriage: an Austrian Perspective”, en: *The Journal of Socio-Economics*, vol. 28, issue 6 (2000), pp. 665-690. Disponible también en la página del profesor Lemennicier, [citado el 26/07/2006] <http://lemennicier.bwm-mediasoft.com/cv.php>
- GUERRERO BÉCAR, José Luis, “La compensación económica en la ley de Matrimonio civil: Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia”, en: *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVII (2006), pp. 55-94.
- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil. BOLETÍN N° 1.759-18.
- Informe. Les Consequences Patrimoniales du Divorce. Division des études de législation comparée du Service des affaires européennes. Les Documents de travail du Senat. Série Legislation Comparée N° LC 72 (Francia, 2000).
- JOHNSON, John H. y MAZINGO, Christopher J., “The Economic Consequences of Unilateral Divorce for Children” [en línea] (2000), en: *Social Science Research Network Electronic Paper Collection* [citado el 26/07/2006] [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=236227](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236227)
- LAMARCA MARQUES, Albert, “Separación de bienes y desigualdad patrimonial: la compensación económica por razón de trabajo” [en línea] *Working Paper de Dret Català* N° 2, Barcelona, enero 2003 [citado el 26/07/2006]. Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com).
- PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, en: *Seminario Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, 13 y 14 de octubre de 2004*, Santiago, Academia Judicial, 2004.
- , “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, N° 3 (2004), pp. 83 y ss.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “Matrimonio y divorcio vincular”, en: *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 9 (2004), pp. 11-24.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, “La libertad de comprometerse: un alegato analítico” [en línea] *Working Paper* N° 119, Barcelona, enero de 2003 [citado el 26/07/2006]. Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)
- SÉRIAUX, Alain, “La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris”, en: *Revue Trimestrele de Droit Civil*, tomo 1 (1997), pp. 53-66.
- SHERWIN, Emily, *Unjust Enrichment in Heartbreak Cases* [en línea] Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series. Year 2004. Paper 5, p. 13 [citado el 26/07/2006]. Disponible en <http://lsr.nellco.org/cornell/lrsp/papers/5>

- TSAOUSSIS, Aspasia, "The Economics of Family Law", en: *Economic Analysis of Law: A European Perspective*. Editado por Hatzis N, Aristides N. Edward Elgar Publishing. Cheltenham, Inglaterra, 2005. Artículo también disponible en [www.unisi.it/sisle/Tsaoussis-Hatzis.pdf](http://www.unisi.it/sisle/Tsaoussis-Hatzis.pdf) [citado el 26/07/2006].
- TURNER SAELZER, Susan, "Las prestaciones entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil", en: *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Vol. XVI (2004), pp. 83-104.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La compensación económica en la ley de matrimonio civil ¿un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?", en: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Nº 215-216 (2004), pp. 265-287.
- \_\_\_\_\_, "La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio civil", en: VIDAL OLIVARES, Álvaro (coord.): *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Algunas reflexiones sobre la compensación económica", en: *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Nº 13 (2006), pp. 171-187.