Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 214
Año LXXI
Julio-Diciembre 2003
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 214(2), 109-125, 2003 ISSN 0303-9986

LA COMPENSACION ECONOMICA AL CONYUGE MAS DEBIL

FRANCISCO SEGURA RIVEIRO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. CUESTION GENERAL

Desde un buen tiempo, es posible reconocer en la doctrina civil occidental, y especialmente en la europea, una clara tendencia en orden a reconocer dentro del amplio espectro de relaciones jurídicas, la existencia de sujetos que, dentro de dichas relaciones, se reconocen en una posición de inferioridad o precariedad genéricamente llamados los débiles jurídicos. En efecto, es lo que ha ocurrido con el reconocimiento del "consumidor" como parte débil del contrato de consumo masivo o la parte económicamente más débil en el contrato de adhesión.

El mismo fenómeno se aprecia en el derecho de familia[1]. Día a día la legislación se nutre de reglas que buscan reponer equilibrios en las relaciones personales. Así, ha surgido el llamado "derecho de la niñez", "derecho de la mujer", "derecho de la ancianidad"[2].

Resulta entonces que referirnos a una persona "débil" desde el punto de vista jurídico no es un concepto ajeno al derecho civil moderno. Es más, se ha llegado a sostener que el derecho civil es el derecho de los débiles, pues su rol es principalmente de protección de las personas que se encuentran por cualquier

[1] Sobre esto puede verse Pizarro, Carlos, "La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil", Revista Chilena de Derecho Privado, N° 3, Santiago, diciembre 2004, p. 85.
[2] Sobre Tesis de Doctorado de la profesora argentina Davobe, Marilina, "El derecho y la ancianidad", Rosario, 2000.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

causa en situación de inferioridad, sea por el ejemplo el consumidor frente al proveedor, la mujer frente al hombre, los ancianos o niños, el contratante más débil[3].

La diferencia conceptual que ello supone frente a la técnica del legislador de 1855 es evidente. En aquella época quienes eran considerados débiles eran protegidos mediante su declaración de incapacidad, es decir eran excluidos del mundo jurídico, ya sea de la contratación, de la posibilidad de casarse, o declarando su irresponsabilidad (sin perjuicio de la que corresponde al guardián).

Una solución de esta naturaleza hoy en día seguramente sería reprochada por arbitraria, como ocurrió con los sordomudos, la mujer casada en sociedad conyugal, etc. Por el contrario, la legislación moderna está cada vez más plena de soluciones que atienden a las particularidades de los sujetos que se consideran más débiles, dotándolos de reglas que, por una parte, les permiten actuar con propiedad en la vida jurídica y, por la otra, los protegen de los abusos que pueden sufrir en el ejercicio de sus derechos.

No es este el momento de cuestionar los alcances de este cambio de concepción y las soluciones que se proponen. Sin embargo, es innegable que el cambio de mentalidad se aprecia claramente en la institución que ahora comentamos.

En efecto, la ley reconoce que ambos cónyuges al momento de la terminación de su relación pueden no estar en igualdad económica y por lo mismo atribuye al "más débil" el derecho a una compensación.

2. LA REGULACION LEGAL DE LA LLAMADA COMPENSACION ECONOMICA

Se ha regulado en los arts. 61 a 64 de la llamada Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947. Dispone el art. 61: "Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa".

Esta regla fija el campo de aplicación sólo a los juicios de nulidad y divorcio. De esta forma no es aplicable en caso de separación judicial, no obstante que el

[3] Nicolau, Noemí, El Derecho Civil de los débiles, La Ley N° 2287, p. 14, Argentina, 2001.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

epígrafe del Capítulo VII en que se encuentra se refiere a normas comunes a "separación, nulidad y divorcio".

Desde ya diremos que la regulación es poco detallada, pues se ha preferido dejar entregada al juez la determinación precisa. La ley se limita a dar parámetros, por cierto muy amplios, para que el juez actúe.

El supuesto de la ley es el del cónyuge que no ha trabajado durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería por dedicarse al cuidado de los hijos y el hogar común. Si bien la cuestión es ampliamente subjetiva y parece desentenderse de la realidad económica de cada cónyuge, el artículo siguiente, el 62, establece los parámetros que debe observar el juez para fijar la existencia y en su caso el monto de la compensación, entre ellos la capacidad económica de cada cónyuge, su situación laboral, de salud, etc.

3. ANTECEDENTES DE LA REGLA

La institución de la compensación económica, tal como se contempla en la nueva ley, no tiene un precedente concreto, aun cuando se le ha atribuido fundamentos en la legislación española, es posible apreciar que la solución del legislador nacional ha innovado respecto de los precedentes más usuales que suelen ser citados en nuestros días.

A modo de breve resumen, dentro de los antecedentes más comunes de derecho comparado que nos ha parecido oportuno citar están los que siguen:

a. Código Civil español

Como se ha dicho, la legislación española de la materia ha sido fuente directa de la ley. En su Código Civil, el art. 97reglamenta una cuestión similar, dando derecho al cónyuge que ha sufrido un desequilibrio económico a consecuencia del divorcio a una pensión periódica (que puede reemplazarse por una cantidad única), que se devengará mientras subsista el desequilibrio o el cónyuge contraiga nuevas nupcias o conviva con otra persona. Esta cantidad o pensión se fija de acuerdo a ciertos parámetros que enumera la ley y que por cierto son similares a lo que se citan por la norma chilena.

El art. 98, por su parte, extiende esta compensación a la nulidad, pero sólo respecto del cónyuge de buena fe.

Como se aprecia, la norma española distingue entre el divorcio, en que la compensación corresponde al que ha sufrido menoscabo con la ruptura del

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vínculo, y la nulidad, en que sólo tiene derecho a la compensación el cónyuge que estaba de buena fe, es decir que celebró el matrimonio en ignorancia del vicio que existía en el vínculo que se contrajo. Cabe hacer presente que parte de la doctrina española ha opinado que la compensación procede aun en el caso de nulidad respecto del cónyuge de mala fe[4].

Es indudable que nuestra legislación, en este aspecto, está claramente fundada en el Código español y más concretamente en la opinión doctrinaria que extiende en forma absoluta el efecto reparatorio, tanto al divorcio como a la nulidad, sin distinguir entre la buena o mala fe de los contrayentes.

b. La Ley italiana 898 de 1 de diciembre de 1970 y su Código Civil

Establece que el cónyuge, luego de la terminación o disolución del matrimonio, no puede subsistir modestamente de acuerdo a su posición social, tiene derecho a una pensión periódica por parte del otro cónyuge, que se fijará de acuerdo a la edad, salud, capacidad objetiva de trabajo, etc. El derecho cesa por nuevas nupcias o convivencia.

Igualmente el art. 175 del Código Civil (en la redacción posterior a ley de 1975) otorga un derecho similar al anterior hasta por tres años en el caso de nulidad de matrimonio.

c. Código Civil francés

El artículo 270 del Código Civil francés (luego del año 1975) dispone lo que la doctrina ha llamado la supervivencia del deber de socorro. La norma dispone que, un cónyuge puede ser obligado a pagar una prestación para compensar, en cuanto sea posible, la disparidad en los niveles de vida producidos a consecuencia del divorcio. Por su parte y de acuerdo al art. 280-1, el cónyuge a cuya culpa exclusiva es pronunciado el divorcio no tiene derecho a ninguna prestación compensatoria. Sin embargo puede obtener una indemnización a título excepcional, si teniendo en cuenta la duración de la vida común y la colaboración entregada a la profesión del otro cónyuge, aparece manifiestamente contrario a la equidad negarle toda compensación pecuniaria como consecuencia del divorcio.

De aquí la doctrina concluye a contrario sensu, que las prestaciones

[4] Puede verse López Alarcón, Mariano, El Nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio, Madrid, 1983, p. 365.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

compensatorias son posibles en provecho de cada uno de los cónyuges si el divorcio ha sido pronunciado por culpas divididas o demanda aceptada[5].

Claramente se trata de una obligación alimentaria y no una indemnización por culpa[6]. Sin embargo, el deber alimenticio no se ha extendido a tal extremo de ser indiferente la culpa; por el contrario, si existe culpa exclusiva en principio no hay derecho a compensación, salvo que ello resulte contrario a la equidad, tomando en cuenta los factores que señalan la norma citada.

d. Legislación de Estados Unidos

Si bien existe variedad entre las distintas legislaciones estatales, en general se contempla en gran parte de ella el derecho a compensación a favor del cónyuge que ha quedado desprotegido a causa del divorcio, tomando en cuenta el tiempo que el cónyuge ha estado sin trabajar para cuidar a los hijos o el hogar de ambos, mientras el otro, en términos de la escuela económica del derecho, "ha estado subiendo la escalera económica del trabajo". Por ejemplo, en un matrimonio que ha durado más de diez años puede obtener la manutención del cónyuge por un mínimo de cinco años, en cambio en un matrimonio de duración menor de cinco años el juez tiene la discreción de fijar cuántos años ha de durar el deber mantener al otro cónyuge.

e. El Código Civil argentino

La legislación trasandina contempla una prestación compensatoria claramente alimenticia. Dispone en los artículos 207 y 209 de su Código Civil, un derecho (que llama directamente de alimentos) que se traduce en una prestación que debe el cónyuge culpable al inocente, y en todo caso se debe al que no tiene medios para subsistir, obligación que se mantiene en caso de divorcio y se devenga mientras dure la situación de hecho o hasta que se contraiga nuevas nupcias o concubinato o se incurra en injurias contra el cónyuge.

[5] En este sentido Jean Hauser y Daniéle Huet-Weiller. "La famille. Dissolution de la famille". En Traité de Droit Civil bajo la dirección de J. Ghestin N° 443, París, 1991.

[6] En todo caso ello es ampliamente discutido en la doctrina francesa, cuestión a la que por extensión de estas líneas no podemos referirnos. En todo caso la exclusión del carácter alimenticio ha parecido a muchos una tesis difícil de sostener en la mayor parte de los casos, sobre todo cuando la compensación toma la forma de una renta: Jean Hauser y Daniéle Huet-Weiller cit. N° 445. Por su parte J. Carbonnier, "La question du divorce", D. 1975, chr (crónica) 118, p. 256, señala que la referencia al pasado que determina el alcance de la indemnización hace que no pueda prescindirse completamente de la culpa.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Respecto del caso de la nulidad de matrimonio, el derecho sólo se otorga al contrayente de buena fe.

f. El Código Civil brasileño

Este nuevo texto del Código Civil brasileño del año 2002 no contempla compensación en términos a los que nos hemos referido, pero sí extiende la obligación de alimentos hasta luego del divorcio contra el cónyuge culpable.

g. En la Ley paraguaya 45/91

Establece en su art. 6°el deber de dar alimentos, aun luego del divorcio, para toda la vida al cónyuge demente y el art. 76 de la Ley 1/92 establece en general el derecho de alimentos luego del divorcio a favor del cónyuge imposibilitado de proveer a su subsistencia, de acuerdo a ciertos parámetros que son casi idénticos a nuestro art. 62, inserción en el mundo laboral, salud, edad, etc. y en caso de nulidad establece el derecho a indemnización del cónyuge inocente.

h. El Código Civil peruano de 1984

Su artículo 351 establece la posibilidad del juez de fijar una indemnización por daños morales en caso de divorcio cuando los hechos en que se ha fundado comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente. Por su parte el art. 283 dispone la aplicación de las mismas reglas sobre indemnización tratándose de la nulidad de matrimonio.

Como se aprecia, la legislación peruana es más restringida que las anteriores citadas, pues no establece una prestación general compensatoria sino sólo el derecho a indemnización en casos graves. La norma comentada, como veremos, se funda en la doctrina que niega lugar a procedencia de reparaciones indemnizatorias civiles por causa del divorcio, aceptándola, por excepción, en casos graves que comprometen los derechos extramatrimoniales del otro cónyuge.

De la reseña efectuada de los sistemas que se han adoptado en derecho extranjero para las compensaciones económicas procedentes, con ocasión de la disolución del vínculo matrimonial, es posible extraer claramente dos conclusiones:

–La regla general en la legislación comparada en que las compensaciones

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sólo procedan en caso de divorcio, excluyéndose o limitándose en casos de nulidad del vínculo. En este aspecto la legislación nacional (art. 61 citado) es claramente excepcional desde que consagra la compensación sin distinción para el caso de nulidad y divorcio.

–Revisada la variedad de soluciones que se han adoptado en los sistemas reseñados, es posible agruparlos, al menos, de tres formas:

a. Establecer una compensación con carácter alimentario

Parece ser esta la solución más común. Se trata de establecer a favor del cónyuge que queda desprotegido luego de la ruptura del vínculo un derecho de alimentos que subiste aun disuelto el vínculo, para el caso de que no pueda proveerse su propia subsistencia. En tal hecho no se trata ni de una compensación, ni de una indemnización, sino directamente del derecho de alimentos que subiste pese a que el divorcio (o la nulidad si se acepta la procedencia) ha destruido la relación matrimonial. Incluso alguna doctrina ha señalado que producto de esta subsistencia del deber de alimentos resulta que el divorcio en realidad no destruye totalmente el vínculo y que la relación marital proyecta sus efectos aun luego de declarado aquél[7].

b. Establecer una compensación con carácter indemnizatorio

Se trata aquí de una indemnización por daños causados a consecuencia de la ruptura o las circunstancias en que ésta se funda. Es la solución menos frecuente en derecho comparado (adoptada por el Código peruano como señalamos). Se considera que con ocasión de la ruptura y las razones en que ésta se funda es posible en ciertos casos reconocer un "ilícito civil" y por ello se concede el derecho a indemnización de los daños morales causados[8].

Cabe tener presente que en realidad hay aquí dos situaciones diversas que se han asimilado normalmente por doctrina y jurisprudencia[9]:

–Una cuestión son los daños ocasionados "por" el divorcio, es decir los daños normalmente de carácter moral que se sufre a consecuencia misma del

[7] Jean Hauser y Daniéle Huet-Weiller, cit N° 442.
[8] En algunos sistemas la procedencia en estos casos de indemnización por daños morales causados a consecuencia de la ruptura ha sido aceptada por la Jurisprudencia, aun sin texto legal expreso fundado en las reglas generales del derecho de daños. Así ha ocurrido, entre otros, en Italia y en Argentina.
[9] Zannoni, Eduardo A. Derecho de familia, t. II, p. 231, N° 744, Argentina, 2000.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

proceso de divorcio. Este daño se provoca cualquiera sea la causal que se haya invocado para fundar el divorcio.

–Otra cuestión son los daños morales sufridos por la conducta y hechos de uno de los cónyuges que ha llevado en definitiva a la necesidad de divorciarse. Tales son los casos, por ejemplo, de los daños morales que puedan sufrirse a consecuencia del adulterio, el intento de prostituir al cónyuge u otras causales similares.

No es ocasión de tratar aquí en detalle estas cuestiones[10], pero al menos es conveniente advertir que la doctrina comparada esta divida. Algunos autores proponen una tesis amplia, sosteniendo que en cualquiera de las hipótesis planteadas es procedente la indemnización de los daños causados, en otras palabras, estiman que en ambas situaciones se configura un ilícito civil[11]. Otros autores niegan cualquier posibilidad de indemnización[12]. Y por fin, otros se postulan en posiciones intermedias aceptando sólo la indemnización en casos de causales graves especialmente reprochables[13].

c. Establecer una compensación mixta, con carácter alimentario e indemnizatorio

Se trata de una combinación de factores. En principio la compensación es fijada a favor de quien resulta desprotegido a consecuencia del divorcio, pero sin que sea indiferente para determinar el quántum de dicha indemnización la culpa de los contrayentes, ya sea para agravarla en contra del culpable, ya sea para moderarla a favor del inocente que se la debe al culpable económicamente más débil.

Este carácter mixto supone pues que no es posible calificar a las prestaciones compensatorias de indemnizaciones, ni de alimentos, en su forma clásica, sino que son una combinación de ambas[14].

[10] Para detalles de la discusión en derecho argentino y jurisprudencia comparada, puede ver Sambrizzi, Eduardo, Daños en el Derecho de Familia, p. 153 N° 70. Argentina, 2001.
[11] Belluscio, Cesar. Manual de Derecho de Familia, t. I, pp. 439-440, N° 279. Mazzinghi, Derecho de Familia t. III, pp. 364 y siguientes, Argentina, 1995. Mosset Iturraspe, "Los daños emergentes del divorcio", Revista La Ley 1983, C-350 III.
[12] Llambias, Jorge, Tratado de Derecho Civil, "Obligaciones", p. 27, Argentina, 1999. Díaz de Guijarro, Enrique, "Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio" (Jornadas de Derecho Civil. España, 1983).
[13] Santos Cifuentes, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral". La Ley 1988, D-276, Argentina.
[14] En Francia esta conclusión puede apreciarse en la Jurisprudencia. Sentencia CIV 2° 20 Mar, 1989. D. 1989.582; nota Mossip; D. 1990. Somm. 118, obs. Benavente.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De lo expuesto podemos ya apreciar que nuestro sistema es de matiz distinto, o si se quiere, aun cuando aparece fundado con mayor proximidad con el sistema español, tiene trazos originales. En cierto sentido es más amplio que sus precedentes. En efecto, nuestro sistema se aplica al divorcio y a la nulidad y no contempla causales que permitan el cese del derecho, ni aun en el caso de nuevas nupcias u otra convivencia. Sólo en el caso del art. 54 respecto del cónyuge culpable se permite que el juez "pueda" denegar o disminuir la compensación. Como se ve, se trata de una facultad del juez y no de un cese automático del derecho, como ocurre en los citados textos. Lo mismo sucede cuando el 62 inciso primero permite la consideración de la buena o mala fe, es sólo un índice, pero no significa a priori que el de mala fe pierda su derecho.

Pero desde otro punto de vista, tal vez el más importante, es más restringido pues lo limita al cónyuge que no trabajó o lo hizo menos por dedicarse a la familia común, de esta forma el cónyuge que trabajó normalmente no tiene derecho a compensación, ni en el caso de no poder subsistir modestamente. De esta forma se preocupa de lo que pasó durante el matrimonio, y no en la subsistencia posterior del cónyuge, que nos parece una formula más justa.

4. LA COMPENSACION ECONOMICA EN EL TEXTO CHILENO. FORMA DE DETERMINACION Y PAGO DE LA COMPENSACION

Como advertimos ya en estas líneas, la regulación de la ley no es especialmente extensa y seguramente dará lugar a más de una discusión.

En lo estrictamente exegético se ha contemplado la procedencia de la compensación, sin distinción, tanto en los casos de nulidad como de divorcio. Por otra parte, como ya se ha mencionado, y a diferencia de lo que suele observarse en derecho comparado, la regla se ha restringido sólo al cónyuge que no ha trabajado o lo ha hecho menos de lo que quería o podía por haberse dedicado al cuidado de la familia.

Se han contemplado dos formas para determinar el monto al que ha de ascender la compensación:

1. Por mutuo acuerdo de lo cónyuges. Debe tratarse de mayores de edad. Se trata de un acto solemne, requiriéndose la celebración por escritura pública o avenimiento sometidos a la aprobación del juez (art. 63). Cabe destacar que esta aprobación no es puramente formal (como suele serlo en la práctica foral), pues el juez debe calificar de "suficiente" el acuerdo reparatorio, tomando en cuenta el

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

menoscabo económico causado y la necesidad de establecer relaciones equitativas hacia el futuro.

2. Determinación judicial (art. 64). A falta de acuerdo de las partes, el juez la determinará pero sólo si ha sido demandado. Como se aprecia, la determinación de una compensación queda fuera del campo de las materias que deben ser resueltas por el juez, aun sin petición de parte (que se ha dado en llamar "la extensión de competencia" del juez). En todo caso la ley dispone que si no ha sido demandado, en la audiencia de conciliación el juez hará saber este derecho a los cónyuges. Por lo mismo la ley permite un "escrito complementario de demanda" para incorporarlo o que se alegue mediante reconvención.

Cabe señalar que ésta es una excepción a la inmutabilidad de la demanda luego de notificada (pues de acuerdo al Código de Procedimiento Civil ésta sería una nueva demanda), aquí, no obstante que se demandó sin pedir compensación, puede ya notificada la demanda ampliarse a ello. En todo caso no puede establecerla el juez de oficio, como dijimos queda fuera de las materias a que puede extenderse aun sin petición de parte.

El art. 62 señala al juez algunos parámetros que deberá considerar para fijar la compensación. Se trata de un análisis completo que trata de evitar que el divorcio o nulidad signifique un desequilibrio en la calidad de vida de ambos cónyuges. Lo que pretende la regla es evitar desequilibrios. De esta manera, si producida la terminación del matrimonio ambos cónyuges tienen bienes suficientes para mantener equilibrada y equitativamente su nivel de vida, no habrá lugar a la compensación, ni aun que uno de ellos no haya trabajado por cuidar de la familia común. Tampoco habrá lugar a la compensación si lo que se pretende es que se pague por la mayor fortuna que se podía haber adquirido al no dedicarse al trabajo. Sólo habrá lugar a la compensación cuando efectivamente el cónyuge que no trabajó o lo hizo menos quede en situación patrimonial desequilibrada respecto del otro cónyuge.

Respecto del pago, los arts. 65 y 66 establecen la posibilidad del juez de fijar la compensación en dinero, en especie o en usufructo de bienes propios del cónyuge que debe la compensación. Además podrá fijar el número de cuotas que estime.

Para efectos del pago se consideran alimentos, por lo que es procedente el apremio, a menos que se hayan ofrecido otras garantías o cauciones para el pago.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5. CUESTIONES A DEBATIR EN TORNO A LA COMPENSACION ECONOMICA Y SU NATURALEZA JURIDICA

5.1. Naturaleza jurídica de la compensación. Como hemos visto la mayoría de las legislaciones, como la chilena, opta por no pronunciarse directamente sobre el punto. La doctrina comparada por su parte discute entre varias alternativas: para algunos tiene un claro carácter alimenticio, para otros se trata de una indemnización en que siempre está, aunque sea remotamente presente, la idea de culpa, asimismo hay quienes optan por darle un carácter mixto o derechamente "sui generis".

Alguna jurisprudencia comparada ha abordado el problema dándole principalmente un carácter alimentario. Tal es el caso de Francia que ya hemos citado.

La cuestión resulta interesante. Incluso se ha sostenido que esta compensación sería una manifestación del principio general del enriquecimiento sin causa. En efecto, se ha dicho que el cónyuge que ha podido dedicarse más al trabajo gracias al cuidado que el otro ha prestado a la familia en desmedro de sus propios intereses recibe un enriquecimiento que debe compensar[15]. La tesis del enriquecimiento no parece en todo caso suficiente explicación, pues nos deriva al problema de si es necesario la existencia de la exigencia del enriquecimiento correlativo o basta sólo la existencia del empobrecimiento de uno, aunque la otra parte no haya recibido ventaja alguna. Sobre ello hay discusión en la doctrina[16].

Por fin, incluso se ha querido ver una manifestación de la Teoría de la Imprevisión en el derecho de familia. En efecto, se señala que la disolución del vínculo sería ante todo un imprevisto y por ello han de adecuarse los efectos nocivos que provoca en uno de los cónyuges.

Pese a estas opiniones y otras que pudieran pensarse, lo concreto es que la discusión se centra generalmente en torno a si se trata de una prestación alimenticia o una indemnización.

5.1.1. La compensación como prestación alimenticia

Es evidente la existencia de argumentos en este sentido. La posibilidad de que el juez la establezca en cuotas periódicas, el hecho que en tal caso se consideren alimentos para efectos de su cumplimiento en términos del art. 66 inciso 2° de la ley, la circunstancia de que para fijar la indemnización se considera la capacidad económica de las partes, entre otros.

[15] Puede verse Jean Hauser y Daniéle Huet-Weiller, ob. cit. N° 447.
[16] Peñailillo, Daniel, "El enriquecimiento sin causa", Revista de Derecho y Jurisp. t. XCIII, N° 2, 1996, p. 76.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, compartimos la opinión de alguna doctrina en orden a que no puede aceptarse que se trata de una prestación alimenticia[17], al menos no absolutamente o sin prevenciones. Por cierto que si se tratare de una asignación a título de alimentos, por definición debiera ésta estar sujeta a la posibilidad de revisión y, sin embargo, no sólo la ley nada ha contemplado al respecto, sino que en las actas que reflejan la historia de ella se descartó expresamente esa posibilidad.

5.1.2. La compensación económica y la responsabilidad civil

No hay dudas que existe similitud entre la compensación económica y la indemnización civil por lucro cesante. Sin embargo, para la procedencia de la compensación no es requisito ni condición la existencia de culpa (aunque compartimos con el destacado maestro francés Carbonniere que la idea de culpa subyace en los criterios de determinación de la compensación), lo que ha dado pie a la doctrina para sostener directamente que no estamos en presencia de una indemnización civil[18].

Ahora bien, la sola falta de relevancia de la culpa para determinar la procedencia de la compensación no parece necesariamente determinante para rechazar la calificación de indemnización. Así, existe doctrina que sustenta la calificación del instituto en las reglas de la responsabilidad objetiva o sin culpa[19].

No obstante lo expuesto, resulta que la compensación económica no es una reparación de los daños sufridos con ocasión del divorcio, y no cubre en caso alguno los daños morales que de ello puedan derivarse para el cónyuge inocente. La compensación es sólo una cantidad de dinero o bienes suficientes para mantener un equilibrio y para que los beneficios del trabajo conjunto de los cónyuges, cuando uno de ellos se ha dedicado especialmente al cuidado familiar, no terminen dados sólo en beneficio de uno de ellos, sufriendo el otro una baja ostensible en su calidad de vida.

5.1.3. La tesis mixta

Estimamos que la compensación económica debe ser entendida, al menos en la formulación del legislador nacional, como una prestación de carácter especial

[17] Puede verse en Pizarro, Carlos, artículo cit. p. 87, un detallado examen de la cuestión desde el punto de vista de la historia fidedigna del establecimiento de la ley. El autor cita, entro otras, las expresiones del senador Chadwick en el "Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento", Boletín N° 1759.18, p. 82, en que se pronuncia derechamente el citado senador por qué no se trata de alimentos.
[18] Pizarro, Carlos, art. cit. p. 89.
[19] Levy, Lea y otros "La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges", La Ley 1990 C-901 y 902 II.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que comparte elementos de reparación y de supervivencia del deber de socorro que han de ser analizados con criterios evidentemente pragmáticos. Así pues, estimamos que no pueden ser considerados renta para los efectos tributarios[20], pues no se trata de una indemnización por lucro cesante, igualmente nos parece que es inembargable. Por otro lado tampoco puede ser objeto de revisión, pues no se trata de una prestación alimenticia.

Todas éstas son conclusiones discutibles y que dependerán en gran medida de la forma de aplicación que reciban en la jurisprudencia nacional. Nos basta aquí con sentar nuestra idea en orden a estimar que no es posible una calificación de la institución en otros institutos jurídicos ya conocidos y por lo mismo la elaboración final de sus características terminará siendo responsabilidadde su aplicación práctica por los tribunales y el foro.

5.2. Alcance de la compensación. Ya nos hemos referido a ello. No obstante la redacción del art. 61, estimamos que la compensación no procede siempre que el cónyuge no haya trabajado o lo ha hecho menos de lo que podía o quería. Pues además de ello se requerirá que a consecuencia del divorcio o la nulidad se produzca un desequilibrio en las condiciones de vida. Como advierte alguna doctrina no se trata de igualar el nivel de la fortuna de ambos cónyuges, sino de dotar al cónyuge que ha quedado en situación más desmedrada de lo suficiente para mantener un nivel de vida modesto y dentro de lo posible similar al que tenía dentro de su nivel social. En todo caso, así como el matrimonio no iguala la fortuna de los cónyuges, tampoco su disolución significa que surja un derecho de los cónyuges a mantener un equivalente nivel de vida, pues ello significaría una auténtica partición o división de los bienes. Por el contrario, se trata de una cantidad de bienes o dineros que sean estimados como suficientes para que el cónyuge que no ha trabajado o lo haya hecho menos pueda tomar las medidas para procurarse una subsistencia digna, por ejemplo estudiando una profesión o disponiendo de capital para afrontar un período normal de búsqueda de trabajo o retomar las actividades que se abandonaron con motivo del cuidado de los hijos.

Se ha señalado que se trata, entonces, de equilibrar la situación económica de los cónyuges al extinguirse el matrimonio. Se busca lograr que el cónyuge más débil no reciba los beneficios que ha obtenido aquel cónyuge que pudo desplegar una actividad económica más eficiente, a costa de los servicios del otro cónyuge[21].

[20] Aunque un autor sostiene lo contrario, Pizarro, Carlos, art. cit. p. 89.
[21] En este sentido, Rodríguez, Pablo, "Ley de Matrimonio Civil", Revista Derecho Universidad del Desarrollo, Curso Actualización Jurídica. Nuevas tendencias en el Derecho Civil. p. 45, Santiago, 2004.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Debe recordarse que ello se refiere sólo a la situación del cónyuge, pues las necesidades de los hijos, desde que ni el divorcio ni la nulidad (por extensión de la putatividad, hoy en los arts. 51 y 52 de la ley, desde antiguo en el art. 122 del Código Civil) ponen fin a la obligación alimenticia respecto de los hijos.

Deben cumplirse, entonces, dos condiciones copulativas, un cónyuge que no ha trabajado o lo ha hecho menos y un desequilibrio de las condiciones en que ambos cónyuges queden al tiempo del divorcio. Por ello, si el desequilibrio se produce en el caso que ambos cónyuges han trabajado dentro de sus posibilidades, no hay derecho a compensación económica cualquiera sea la situación en que queden al término del vínculo.

Para fijar el quantum el Juez cuenta con los parámetros que la ley le ha señalado, que por cierto son solo guías u orientaciones más no imposiciones.

Mención especial merece el caso del divorcio debido a culpa de uno de los cónyuges. Si bien en la ley no se emplea el término "culpa", lo cierto es que el art. 62 inciso final faculta al Tribunal a denegar la compensación o moderar su monto en caso de que el divorcio ha sido declarado en los casos del art. 54 de la misma ley. Basta una somera revisión de la regla del art. 54 para apreciar que en ellas es evidente la culpa de quien incurre en ellas. Así, cuando se ha tratado del divorcio que ha sido consecuencia de que uno de los cónyuges ha incurrido en alguna causal que lo habilita, podemos decir que dicho cónyuge ha actuado con culpa, desde que las situaciones descritas en la norma son típicamente manifestaciones de culpa en el sentido de falta de la diligencia mínima en el cumplimiento de los deberes matrimoniales.

Igualmente estimamos que la compensación, en principio, es procedente cualquiera sea el régimen de bienes de los cónyuges. La cuestión es particularmente discutible en los regímenes de bienes en que existe la posibilidad de distribución de gananciales a su término, como son la sociedad conyugal y la participación en los gananciales. En efecto, disuelto el matrimonio se producirá la distribución de los bienes entre los cónyuges y por ende ambos quedarán con un patrimonio, de forma que no parece entonces que sea procedente una compensación, pues las ventajas económicas del matrimonio han sido distribuidas ya en la liquidación del régimen respectivo. Ello ha permitido sostener que en tal caso no es procedente la compensación[22]. Otros autores por el contrario sostienen que la compensación procede con entera independencia de la liquidación del régimen de bienes[23]. Por

[22] En este sentido Rodríguez, Pablo, artículo cit. pp. 45-46.
[23] Pizarro, Carlos, art. cit. p. 93 N° 2.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nuestra parte no descartamos a priori que no sea procedente una compensación, pues es posible que pese a la distribución de gananciales aún subsista un desequilibrio importante que no permita a uno de los cónyuges, que no ha trabajado o lo ha hecho menos de lo que hubiere podido, dotarse de lo necesario para subsistir.

5.3. El problema del adulterio. Ocurre que el adulterio es causal de divorcio. En la experiencia argentina se produjo el siguiente problema. Existe separación de hecho por varios años, no se inicia ninguna gestión, uno de los cónyuges empieza una convivencia con otra persona. Enterado el otro se demanda el divorcio por adulterio y alega que queda eximido de pagar porque el cónyuge es culpable. En el caso chileno, tratándose de la separación judicial al parecer se anticipó el problema estableciendo la regla del art. 26: "No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges".

Sin embargo, en las reglas referentes al divorcio no se repitió una solución semejante. De esta forma, si lo demandado es directamente el divorcio al menos siguiendo el tenor literal, podría alegarse el adulterio aun cuando exista separación de hecho entre los cónyuges y con ellos se podría alegar la culpa del adulterio y así evitarse o al menos obtener una disminución del monto de la compensación. De esta forma el problema suscitado en la ley argentina parece claramente repetirse aquí.

La situación originó un gran debate en la doctrina argentina. El profesor Llambías sostenía la legitimidad de esta acción, pues mientras hay matrimonio hay deber de fidelidad y por tanto quien toma una nueva relación comete adulterio. Otros, entre ellos Borgonobo y Alterini, sostuvieron que la fidelidad terminaba con la separación de hecho, por lo que no puede hablarse de adulterio. En este último sentido se pronunció la jurisprudencia.

5.4. ¿Excluye la compensación la posibilidad de demandar otras indemnizaciones de acuerdo a las reglas generales?

Esta cuestión es objeto de profundas discusiones en la doctrina comparada. El derecho y la doctrina chilena, al no existir divorcio vincular en nuestra legislación, se mantuvo al margen de este problema[24]. Hoy en día en cambio la

[24] Sabemos como operaba la nulidad matrimonial "de común acuerdo", de forma que en estas hipótesis jamás llegó a plantearse, por razones obvias, esta cuestión.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cuestión queda abierta al debate. Ya hemos mencionado, someramente, en estas líneas las corrientes doctrinarias sobre el punto. La cuestión que nos preguntamos ahora es si la existencia de la compensación excluye la posibilidad de que el cónyuge, que ha sufrido otros daños (particularmente morales), pueda reclamar una indemnización del cónyuge culpable del divorcio.

La cuestión es por cierto discutible, sin embargo parece que no hay razón categórica alguna para proscribir la posibilidad de una demanda indemnizatoria por los daños y perjuicios. Ello nos conduce, como ha ocurrido en otras latitudes, a resolver una serie de problemas que podemos formular resumidamente de la siguiente manera:

a. ¿La responsabilidad civil en este caso es contractual o extracontractual?

La doctrina, casi sin excepciones, se pronuncia en el sentido de ser esta responsabilidad extracontractual[25]. En tal caso deberemos aplicar, entre nosotros, las reglas del art. 2314 y siguientes del Código Civil.

b. ¿Se aceptará la indemnización en forma amplia, considerando que el divorcio en sí mismo es un ilícito civil o por el contrario se aceptará que existe ilícito sólo cuando el divorcio se ha fundado en ciertas y determinadas causales, obviamente las más graves?

Frente a ello nos parece que, por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil, debe existir un ilícito civil para que proceda la indemnización, por lo mismo ha de existir culpa del cónyuge demandado. No es posible sostener que todo divorcio sea un ilícito civil, y por ello sólo en casos de causales graves que signifiquen un atentado a los derechos extramatrimoniales será procedente la demanda indemnizatoria[26].

c. ¿La indemnización comprenderá sólo los daños morales, entendiendo que la compensación económica ha cubierto ya los materiales o se aceptará la demanda de todo daño?

Dado que hemos concluido que la compensación no es en rigor una indemnización por daños, la demanda civil de indemnización podrá referirse a todo daño material o moral, sin perjuicio que el juez sentenciador deberá considerar para fijar el quántum (si ha de resolver que la demanda prospere), lo que se haya recibido por el cónyuge por compensación. Al igual que lo recibido en la liquidación del régimen de bienes.

[25] Sambrizzi, ob. cit p. 160 N° 74 y los autores citados.
[26] Aunque es bueno tener presente a los autores que hemos citado, que pretenden calificar a esta responsabilidad de objetiva, lo que nos parece un extremo.

Artículo: La compensación económica al cónyuge más débil
Revista: Nº214, año LXXI (Jul-Dic, 2003)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Al respecto se ha sostenido que existen daños materiales que no quedan cubiertos por la compensación, tales como la desaparición del derecho hereditario y la disolución anticipada de la comunidad de bienes[27].

d. ¿Aceptaremos la demanda indemnizatoria fundada en los daños producidos por el hecho del divorcio o sólo los que sean consecuencia de la gravedad de la causal o aun los producidos en ambos casos?

La cuestión claramente discutible y sobre ello nos remitimos a lo que hemos expuesto de la doctrina extranjera. Diremos que normalmente el divorcio provocará aflicciones profundas en alguno de los cónyuges, si no en ambos, que de alguna forma pueden estimarse que el legislador ha legitimado, desde que ha aceptado regular la institución. En efecto, la pérdida de asistencia moral por parte del cónyuge inocente, la carga de educar a los hijos, las injurias del medio social no nos parecen más que consecuencias, por lamentables que sean, propias del divorcio y por lo mismo no creemos que sean susceptibles de calificarse de daños morales. Ahora bien, si la causal que ha dado lugar al divorcio ha sido de tal gravedad que esos efectos, que hemos calificado de normales, se ven agravados, como será el caso del adulterio, el abuso infantil, la violencia doméstica u otras, en tal caso es indudable que estaremos en presencia de daños morales que es procedente reclamar que sean indemnizados[28].

A modo de conclusión nos parece que esta novedad legislativa sin dudas provocará a mediano plazo, como ha ocurrido ya en el resto del mundo, una serie de cuestiones a resolver, algunas de las cuales hemos tratado de reseñar y otras que por extensión no podemos tratar como son la posibilidad de aceptar renuncia de la compensación[29] o de fijarla anticipadamente en una capitulación matrimonial o el computo del plazo de prescripción (desde el divorcio o desde el conocimiento de los hechos que lo provocaron, entre otras alternativas), etc.

Así pues, los maestros del derecho de familia tendrán aquí un campo muy amplio para finalmente establecer el alcance de las reformas que hemos comentado.

[27] López del Carril, Jorge, Régimen del matrimonio. Separación personal y divorcio, p. 312 N° 268.
[28] Tal es la solución del Código Civil suizo de 1907, art. 151.
[29] Sobre ello Pizarro, Carlos, art. cit. p. 101.