

Requisitos de procedencia de la compensación económica. *Análisis de doctrina y jurisprudencia.*

Karen Gajardo Sáez*.

Resumen: La compensación económica introducida por la nueva Ley de Matrimonio Civil, ley 19.947, presenta diversas cuestiones doctrinarias de relevancia. Sin duda el centro del debate radica en la determinación de su naturaleza jurídica y de sus fines.

Fuera de esas importantes consideraciones, debemos antes que todo recordar que si bien, la compensación económica es un verdadero y justo derecho que corresponde al cónyuge más débil (cualquiera sea la naturaleza jurídica que subyace en ella), ella siempre requiere la concurrencia de las condiciones especiales que le hagan procedente. Por ende, no es correcto afirmar que ella sea la consecuencia necesaria que sobreviene al divorcio o a la nulidad de matrimonio, pues sólo procede cuando se configuran los presupuestos expresamente establecidos por el legislador. En nuestro caso, la normativa aplicable en esta materia se remite a los artículos 61 y 62 de la ley 19.947.

Nos parece interesante ahondar en los presupuestos que la norma ha previsto para la procedencia de la compensación económica, apreciados desde una óptica doctrinaria y también desde el incipiente desarrollo de la jurisprudencia chilena, que en definitiva marcará el rumbo de esta importante figura. A ello dedicaremos las siguientes líneas.

Palabras Claves: Terminación del matrimonio – Compensación Económica – requisitos legales – naturaleza jurídica – doctrina – jurisprudencia.

Introducción.

Nuestra compensación económica ha sido regulada de manera breve y concisa en dos artículos: art. 61 y 61 de la Ley 19.947. Puede definírsela desde dos puntos de vista: como “un derecho de aquel cónyuge, cuyo matrimonio ha terminado por divorcio o por declaración de nulidad, que ha sufrido un menoscabo económico, como consecuencia de su dedicación al

* Egresada de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.

cuidado de la prole o a las labores propias de hogar común que le impidió desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o que sólo se la permitió realizar en menor medida de lo que podía o quería, para que el otro le compense aquel menoscabo económico” .

También puede estimársela como “la indemnización que debe pagar uno de los cónyuges al otro con el objeto de restablecer, al término del matrimonio por nulidad de éste o por divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida” .

La compensación económica, si bien ha sido regulada escuetamente por el legislador, está revestida de caracteres que la hacen determinante al momento de aplicar las normas sobre nulidad y especialmente las relativas al divorcio, que como sabemos, es una de las principales innovaciones de la Ley 19.947. Ella responde y es aplicación directa del principio del art. 3º, que establece que “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”. En consecuencia, la compensación tiene claros fines de justicia, equidad y se transforma en una de las principales figuras protectoras de nuestra legislación de familia.

Muchos han sido los fundamentos y finalidades que la doctrina le atribuye a la compensación económica, más allá de la orientación protectora que tiene y mayor aún ha sido el debate acerca de su naturaleza jurídica, lo que a nuestro juicio constituye el aspecto central de esta figura, pero en lo cual no profundizaremos, pues no es el objetivo principal de nuestro trabajo. En él nos dedicaremos a cuestiones más prácticas.

Las siguientes líneas están destinadas principalmente al análisis de los presupuestos básicos de aplicación de la figura contenidos en el art. 61 y al modo en que ellos pueden ser complementados y delimitados por la aplicación de los criterios del art. 62. Nos parece interesante antes de abordar la legislación nacional, hacer una breve exposición de los principales textos del derecho comparado que han sido fuente indiscutida de nuestra regulación.

Derecho comparado.

La experiencia comparada demuestra que los requisitos de procedencia y los criterios de determinación han sido uno de los aspectos más variables de esta figura, aun cuando el sustrato de ella parece mantenerse a lo largo y ancho de las legislaciones. La conjugación de factores ha sido la tónica que marca en definitiva, el éxito o fracaso de la figura. A modo de ejemplo, digamos que algunos tribunales extranjeros le han estimado improcedente, cuando la mujer –que es generalmente la más perjudicada con la ruptura– se encuentra debidamente integrada al mercado laboral y su patrimonio no presenta diferencias considerables con el de su ex cónyuge. También se ha optado por denegar este beneficio cuando la vida conyugal ha sido breve o cuando los patrimonios de ambos cónyuges presentan capacidad suficiente para solventar la vida independiente, de tal manera que no hay menoscabo económico apreciable que merezca reparación. Veamos algunos casos de derecho comparado.

La legislación española que ha sido nuestra fuente más importante en materia de compensación económica, contempla una figura similar a la nuestra en el art. 97 del Código Civil español a la que la doctrina denomina pensión compensatoria: “El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.

La edad y el estado de salud.

La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

La dedicación pasada y futura a la familia.

La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

La pérdida eventual de un derecho de pensión.

El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

Se deduce de la norma transcrita, que los presupuestos básicos que permiten demandar la pensión compensatoria del derecho español son los siguientes:

- separación o divorcio de los cónyuges

- desequilibrio económico en relación con la posición del otro cónyuge

- que ese desequilibrio implique un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio.

Vemos como el legislador español, al igual que el chileno ha entregado pautas, criterios y directrices al juez que sin ser taxativas, pretenden orientarlo hacia la mejor resolución del asunto. Estas pautas o criterios delimitadores, son similares a los que establece el art. 62 de nuestra ley 19.947, pero a diferencia de nuestra regulación, han sido establecidos en una misma norma, el artículo 97, conjuntamente con los presupuestos básicos de aplicación que ya hemos mencionado.

En el derecho francés, la situación es similar a la española, pero es necesario destacar que la prestation compensatoire del derecho francés ha sufrido profundas modificaciones, que la han llevado de ser pensión alimenticia a una prestación compensatoria con carácter indemnizatorio como es hoy en día. La ley número 75-617 del 11 de julio de 1975, ha fijado un nuevo texto al art. 301 del Code Civil, lo que significó el término de la concepción reinante de manera que la prestación post-divorcio ya no fuese considerada como pensión alimenticia derivada del deber de socorro, sino como indemnización de perjuicios ligada a la “culpa” del divorcio.

Si bien la norma del art. 301 del Code Civil ha sufrido una nueva modificación en virtud de la ley 439 de 26 de mayo de 2004, se ha mantenido la noción de que ella tiene fundamento en una disparidad de condiciones de vida de los antiguos cónyuges, generada por la ruptura del matrimonio. De este modo la prestación que se alza con clara finalidad de compensar tal disparidad o desequilibrio y no con fines alimentarios.

El art. 270 del Code Civil, que es la norma que fija la prestación compensatoria, establece que uno de los cónyuges puede verse obligado a pagar una prestación a favor del otro, si ello es necesario para equiparar la disparidad de los niveles de vida que el divorcio ha provocado. También ha fijado el legislador francés, un especie de catálogo legal de circunstancias, que ayudarán a apreciar y delimitar la prestación compensatoria. Claramente ellas constituyen una pauta que el juzgador deberá tener presente al momento de pronunciarse acerca de estos asuntos, de manera similar a lo que ocurre en el derecho chileno. Así, señala el art. 272 que en la apreciación de las necesidades del cónyuge demandante y recursos del demandado, el juez deberá tener en especial consideración: la edad y estado de salud de los esposos, el tiempo dedicado o que fuere necesario dedicar a la educación de los hijos, su cualificación profesional, su

disponibilidad para desempeñar nuevos empleos, sus derechos existentes y previsibles, y también su patrimonio, considerando tanto el capital como sus ingresos, después de la liquidación del régimen matrimonial (criterios similares a los que establece el art. 62 de la ley 19.947). Vemos que nuestro legislador ha seguido la técnica de la legislación francesa, estableciendo los presupuestos de la prestación compensatoria en una norma y el catálogo de criterios que ayudan al juez a delimitarla, en otra.

El derecho alemán presenta diferencias notables con nuestro sistema, por lo cual no ha sido considerada como fuente directa de nuestra compensación económica. Estableciendo una dualidad de prestaciones entre los ex cónyuges, el Código Civil alemán de 1974 (*Bürgerliches Gesetzbuch*) establece por una parte, una pensión de alimentos para después del divorcio, que regula detalladamente en el Libro IV, relativo al Derecho de Familia (§§ 1297-1921, Sección I: Matrimonio Civil (§§ 1297-1588), III. Registro de propiedad marital (§§ 1558-1563) y por otra, la llamada pensión compensatoria que difiere sustancialmente con el derecho de alimentos.

El Código Civil alemán consagra expresamente siete supuestos de hecho entre los artículos 1570 a 1576 que dan nacimiento a este derecho de alimentos, reflejando de paso la excepcionalidad de este tipo de prestaciones. En consecuencia, el derecho de alimentos sólo surge cuando uno de los cónyuges se encuentra en alguno de los presupuestos legales que le impiden dedicarse a una actividad remunerada.

Estos supuestos de hecho son los siguientes: ejercer el cónyuge el cuidado de los hijos comunes (que de acuerdo a nuestro art. 61, es presupuesto habilitante para demandar la compensación económica), tener el cónyuge una edad tal que no le sea exigible trabajar, sufrir el cónyuge una enfermedad o deterioro físico o mental, (criterios que nuestro art. 62 contempla para efectos de determinar la existencia del menoscabo económico sufrido y su cuantía), estar el cónyuge desempleado no teniendo derecho a alimentos, no tener ingresos propios suficientes para cubrir los alimentos (en este caso el derecho queda limitado a aquella diferencia que falte para completarlos), estar impedido para trabajar por razones graves, cuando la denegación de alimentos en su favor constituya una inequidad manifiesta y por último encontramos el caso especial de los alimentos debidos para que el cónyuge complete o adquiera una información profesional que le permita más tarde asegurar su subsistencia mediante un trabajo independiente (según nuestra regulación, puede demandar la compensación económica, el cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. Como vemos, nuestro art. 61 pretende reparar el perjuicio sufrido por falta de actividad laboral y no otorgar al cónyuge afectado una preparación profesional que le sirva para enfrentar la futura vida independiente, sin perjuicio de que el favorecido con la compensación económica utilice los recursos, para estos fines). De esta forma, podría sostenerse, que algunos de los supuestos que hacen procedente el derecho de alimentos, coinciden con nuestros presupuestos legales y criterios de determinación, establecidos en los artículos 61 y 62 de la ley 19.947.

Aún cuando la figura por esencia que se utiliza en el derecho alemán, para paliar los efectos de la ruptura, es el derecho de alimentos –que subsiste a pesar del divorcio–, existe también una figura autónoma, cual es, la pensión compensatoria alemana que en ciertos aspectos se asimila a la pensión compensatoria del derecho español en su propósito de equilibrar patrimonios. Esta figura se encuentra en el art. 1587-1 del Código Civil alemán: “Habrà una pensión compensatoria entre los cónyuges divorciados en caso de que durante el matrimonio se hubiere constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos esperanzas de derecho o expectativas de un futuro

pago de una pensión por causa de edad o de incapacidad laboral o profesional de las mencionadas en el artículo § 1587, apartado 2. No se tomarán en cuenta las esperanzas de derecho o expectativas de pago que no hubieran sido constituidas o mantenidas en base al trabajo o al patrimonio de los cónyuges”. Su regulación detallada se extiende entre los art. 1587 a 1587p y difiere sustancialmente de nuestra compensación económica, tanto en sus fundamentos como en su determinación.

De las disposiciones citadas, se deduce claramente que es el derecho de alimentos establecido en el Código Civil alemán el que presenta rasgos similares a nuestra compensación económica y no la pensión compensatoria que persigue fundamentalmente, una igualdad aritmética de patrimonios luego de la ruptura.

Legislación nacional.

Relación entre las normas del art. 61 y 62 de la ley 19.947.

Luego de esta necesaria referencia al derecho comparado que nos ha servido de fuente mas o menos directa de la regulación actual establecida por la ley 19.947 -no solo en materia de compensación económica- nos dedicaremos al análisis de los presupuestos y criterios delimitadores que nuestra legislación establece para la prestación que se debe al cónyuge más débil luego del divorcio o declaración de nulidad, establecidos en los artículos 61 y 62. Lo determinante será esclarecer cual es la relación o vinculación que existe entre estas normas, para comprender de mejor manera los fines que persigue el legislador con esta prestación y cuales son los aspectos a que apunta, pues en definitiva, será la adecuada conjugación de estos factores, los que permitirán configurar la hipótesis precisa que hace procedente en este beneficio.

En nuestro derecho, es el art. 61 quien que se encarga de establecer los presupuestos de derecho necesarios para que la compensación sea procedente: “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”.

El art. 62 quien establece las circunstancias delimitadoras que permiten apreciar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación: “Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su

Cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”.

De este modo, estos artículos se encuentran en íntima relación y serán apreciados en conjunto por el tribunal, al momento de decidir acerca de este beneficio. Cabe preguntarnos entonces ¿cuál es la naturaleza de la relación que existe entre estas dos normas?

Ante este planteamiento la doctrina nacional propone dos posibles soluciones, que expondremos a continuación .

a) En primer término, podría sostenerse que ambas normas cumplen la misma función, pues ambas constituyen un fundamento autónomo que habilita para demandar de manera independiente la compensación económica. De esta forma, las normas del art. 61 y del art. 62 podrían invocarse indistintamente, sin que exista entre ellas una necesaria vinculación o utilidad y en ambos casos podría obtenerse el otorgamiento del beneficio.

El fundamento de esta tesis puede sostenerse de la siguiente manera:

i) Si la norma del art. 61 consagra el derecho a compensación en favor del cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común sin someterle a ningún otro condicionamiento, debemos entender que la sola concurrencia de esos requisitos hace procedente la compensación económica.

ii) En cuanto a la norma del art. 62, es importante destacar que el catálogo de criterios que ha establecido, no constituyen una mera herramienta para apreciar la cuantía de la compensación, sino también –y como dice la norma– para determinar “la existencia del menoscabo económico”. De esta forma, no cabe considerarle como una norma meramente instrumental sino como poseedora de un presupuesto de derecho independiente al que subyace en la norma del art. 61 de la ley.

Siguiendo esta interpretación, deberíamos entender que la compensación puede encontrar fundamento: en el primer caso (art. 61) cuando el cónyuge hubiese sufrido el menoscabo a causa de la falta de trabajo remunerado debido al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común; en el segundo caso, cuando se reúnan uno o más de los criterios no taxativos del art. 62, como por ejemplo, cuando el cónyuge que demanda la compensación económica, contrajo matrimonio a temprana edad y se ha divorciado luego de una larga vida conyugal. Habida consideración de la edad que ahora tiene o al deteriorado estado de salud en que ha quedado luego de la ruptura, no puede reinsertarse laboralmente y por lo tanto es procedente el beneficio.

De esta forma, el menoscabo económico no estaría condicionado exclusivamente al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común, pudiendo provenir de otras causas que también están establecidas por el legislador, pero en una norma diferente. Esto se traduce en la ventaja de que el art. 62 puede desplegar todos sus efectos en relación con las circunstancias en él enumeradas, pues cada una de ellas o su combinación, configurarían un menoscabo económico que merece reparación por la vía de la compensación económica.

Sin duda, la aplicación de los criterios propios del art. 62, de manera independiente constituye una ventaja, pues amplía el ámbito de aplicación de la compensación económica, pero ello también podría significar una reducción sustancial de la importancia de la norma del art. 61 o incluso acarrear su anulación.

b) En segundo término, podría estimarse que entre las normas del art. 61 y la del art. 62 existe una vinculación de dependencia funcional, siendo el art. 61 la norma principal y el art. 62 la norma auxiliar o secundaria.

De esta forma, la primera de ellas constituye el fundamento de la compensación económica y la segunda se limita a regular su cuantía.

Así las cosas, los requisitos constitutivos de la compensación serán :

1. que el matrimonio termine por el divorcio o la nulidad
2. que uno de los cónyuges no haya podido desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de los que podía y quería,

3. que esta menor dedicación se deba a que dedicó sus esfuerzos al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común, y
4. que a causa de todo lo anterior, haya sufrido un menoscabo económico.

Solo si han concurrido copulativamente estos cuatro requisitos, encontrarán aplicación los criterios del art. 62 que han sido establecidos para fijar la cuantía del beneficio. En consecuencia, los criterios del art. 62, como la corta duración del matrimonio o la mala salud del cónyuge solicitante, servirán para determinar el monto del menoscabo sufrido o para determinar que dicho menoscabo no existe, a pesar de haber dedicado el cónyuge beneficiario al cuidado de los hijos o al hogar común. Sólo en el evento de concurrir tal menoscabo, tendrá aplicación la norma funcional del art. 62.

Luego de esta breve exposición de las posibles relaciones existentes entre ambas normas, nos parece que ha de preferirse la segunda interpretación, pues estimamos que el fundamento de derecho de la compensación reside realmente en el art. 61, siendo la norma del art. 62, su norma complementaria o auxiliar. Reconocer este carácter auxiliar o secundario del art. 62 no implica necesariamente restarle importancia al sustrato de la norma o desechar su aplicación, sino que por el contrario, ello sirve para apreciar correctamente el fin perseguido por el legislador al establecer presupuestos y criterios legales no taxativos, en dos normas distintas y no en una sola, como si ocurre en el Código Civil español en su art 97. Este sentido es el que mejor se aviene con la naturaleza de la institución, pues una vez configurados los elementos que hacen procedente la compensación, es necesaria la apreciación de ciertas circunstancias que permitan dimensionar la extensión del menoscabo, dándole una forma concreta y límites definidos. Esa es precisamente la función del art. 62. En este sentido compartimos plenamente la opinión de la profesora Susan Turner.

Requisitos de procedencia. Art. 61.

Haremos una revisión particular de las condiciones que determinan la procedencia de la compensación económica en nuestro derecho según el art. 61 de la ley 19.947. Para ello atenderemos también a la reciente jurisprudencia nacional que ha hecho aplicación de las normas que determinan la figura en nuestro sistema y que evidencian el comportamiento de los tribunales chilenos en este ámbito.

a) Terminación del matrimonio por divorcio o nulidad.

El campo operativo de esta institución se restringe a la terminación del matrimonio por sentencia de divorcio o declaración de nulidad, excluyendo la hipótesis de la separación judicial, de acuerdo con la condición fijada expresamente en el artículo 61 de la ley 19.947 cuando señala que el respectivo cónyuge (el más débil) tendrá derecho a que se le compense el menoscabo económico sufrido: "...cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio...". A diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, en Chile, la separación judicial no permite demandar la compensación económica. Razones para ello se aducen bastantes en la doctrina, pero destacan principalmente dos:

- La razón de texto es la más importante, pues atiende al tenor literal del art. 61 que no menciona entre sus hipótesis, el caso de separación judicial. Esta norma parece contradecir claramente el tenor de la rúbrica del capítulo VII de la ley 19.947 que incluye a la separación judicial dentro de los casos que regula: "De las reglas comunes a ciertos casos de separación,

nulidad y divorcio”. Esta incoherencia entre el art. 61 y el tenor de la rúbrica mencionada, se debe al parecer a un error de técnica legislativa. Al seguir el legislador chileno, al Código Civil español en esta materia, ha reproducido la rúbrica del Capítulo IX del Libro I de este cuerpo legal, el que permite la compensación en caso de separación judicial, pero la excluye en caso de nulidad matrimonial. Nuestro legislador olvidó excluir en la rúbrica, el caso de separación judicial cuando se trata de regular la compensación económica.

Ante todo debe aplicarse la letra de la ley, que ha sido clara a este respecto limitando su aplicación a los casos de nulidad matrimonial y divorcio.

- La subsistencia del deber de socorro entre los cónyuges, en el caso de la separación judicial, es otro argumento que permite excluir la demanda de una compensación económica. Como sabemos, la separación judicial no pone término al vínculo matrimonial del cual deriva esta obligación de prestar ayuda económica en los términos del art. 131 del nuestro Código Civil.

b) Existencia real y efectiva de un menoscabo económico.

Este es el supuesto esencial para la procedencia de la compensación y para la determinación de su cuantía, pues el legislador pretende evitar que esta prestación económica de que es acreedor el cónyuge más débil, se transforme en una fuente de lucro, carente de justificación jurídica. Será entonces tarea del juez, ponderar los antecedentes, conjugar los criterios que entrega el legislador y atribuir al caso concreto, la producción de este menoscabo que es la causa justificante de la compensación económica.

Tanto en la doctrina nacional como extranjera, se ha discutido vivamente acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la compensación económica. Ello tiene gran importancia para efectos de determinar la función que cumple el menoscabo económico como presupuesto fundamental de esta figura. Las interrogantes que plantea son las siguientes: ¿A que aspectos atiende el menoscabo económico? ¿A un nivel económico que revela desequilibrio patrimonial entre ambos cónyuges luego de la ruptura? ¿Al estado de necesidad en que se encuentra el cónyuge perjudicado por la falta de actividad remunerada o de desarrollo profesional? ¿Al legítimo derecho a ser indemnizado por el trabajo doméstico que ha realizado durante un largo espacio de tiempo?

Entre nosotros se ha sostenido en un principio, que la compensación económica posee una naturaleza alimenticia. Las opiniones han variado y posteriormente nuestra doctrina parece acercarse a la naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de la compensación. Son estas dos posturas las que han marcado pauta en el desarrollo de nuestra figura, aun cuando también existen criterios que apuntan a una eventual responsabilidad objetiva establecida por el legislador. Incluso no falta quienes ven en ella una manifestación de la teoría del enriquecimiento sin causa. Parece ser la naturaleza indemnizatoria, la doctrina que ha tenido mayor aceptación.

A nuestro juicio, el legislador no ha definido claramente los elementos que permitan pronunciarse por alguna opción clara, relativa a la naturaleza jurídica de la compensación económica. Según nuestro parecer, la compensación económica es una figura sui generis, propia del derecho matrimonial, cuyas particularidades y características no tiene más aplicación que en los casos que reúnan los supuestos que establece el legislador en los arts. 61 y 62 de la ley 19.947. La compensación económica del derecho chileno es una figura de carácter especial, que si bien comparte elementos propios de la pensión alimenticia, presenta mayor similitud con la indemnización de perjuicios propia del derecho civil y cuyo marco jurídico aplicable estará determinado por las normas pertinentes de la ley 19.947 y por las pautas que fije la jurisprudencia.

Siguiendo sobre este punto y estimando que la compensación económica tiene naturaleza indemnizatoria, deberíamos aceptar una necesaria relación de causalidad entre el matrimonio y el menoscabo económico de tal manera que sin este último, este resultado dañoso no se produciría tal como ocurre entre el hecho ilícito y el daño.

Como sostiene la profesora Susan Turner, debería existir una cadena de condicionantes, para que la compensación resulte procedente: el último eslabón de la cadena, está constituido por el menoscabo que ha sufrido uno de los cónyuges, éste a su vez, encuentra su causa en la falta de actividad remunerada o su realización en menor medida y esta inactividad se atribuye a la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común. De esta forma, desaparecida la causal primitiva, que es el matrimonio, desaparece el menoscabo.

Siguiendo el mismo planteamiento digamos que, condicionar el menoscabo económico a la existencia del matrimonio se justifica, por una parte en el tenor literal del Art. 61 de la ley 19.947, que señala que el beneficiario de la compensación es el cónyuge a quien “como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común...” no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. La expresión “como consecuencia”, hace patente una necesaria relación de causalidad entre el matrimonio y el menoscabo.

La relación causal a que hacemos referencia también ha sido reconocida por la jurisprudencia. Así, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 12 de septiembre de 2006, Rol N° 1.275-2006, ha señalado que “para que prospere la demanda de compensación económica a que se refieren los artículos 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil, no basta que la actora acredite haberse dedicado al cuidado personal de los hijos y del hogar común y que ello haya sido un obstáculo para el desarrollo pleno de una actividad remunerada, sino que es requisito indispensable, como consecuencia de lo anterior, la existencia de un menoscabo económico”.

Por otra parte, esta vinculación causal se deduce del análisis conjunto de la norma del art. 61, del cual se extrae que las labores propias del hogar y el cuidado de los hijos deben ser posteriores a la celebración del matrimonio, pero anteriores al divorcio o a la declaración de nulidad, ya que ese es precisamente el momento en que se verifica y cuantifica el deterioro patrimonial sufrido. En resumen, el matrimonio es la causa originaria de este perjuicio ocasionado a uno de los cónyuges y que se traduce en la existencia del menoscabo económico.

b.1: ¿En que momento debe apreciarse el menoscabo económico?

Este es otro aspecto que puede originar conflictos y sobre el cual la ley no se ha pronunciado.

Puede generarse problema especialmente en aquellos casos en que el divorcio o la declaración de nulidad van precedidos de un largo periodo de separación de hecho entre los cónyuges. Precisamente, el cese de la convivencia es uno de los supuestos que habilitan para demandar el llamado divorcio-sanción y también el divorcio por mutuo acuerdo, ambos establecidos en el art. 55 de la ley 19.947, los cuales exigen distanciamiento entre los cónyuges durante un lapso superior a tres años y a un año, respectivamente.

Es importante resolver estos cuestionamientos, pues la situación patrimonial de los cónyuges puede variar sustancialmente entre el momento de la ruptura y el de la declaración de divorcio o de nulidad. Entre estos momentos, puede transcurrir un espacio de tiempo suficiente

para permitir la modificación de las condiciones patrimoniales (entre otras) y con ello, el menoscabo económico, lo cual será determinante para el éxito de la compensación económica.

A nuestro entender, el menoscabo deberá apreciarse al momento de producirse el divorcio o declararse la nulidad, pues considerar un momento anterior genera graves problemas de incertidumbre.

Si atendemos al momento de la ruptura o cese de la convivencia (que marca el inicio de la separación de hecho), sería necesario establecer de algún modo fehaciente, cuales son las condiciones (patrimoniales, de salud, laborales, previsionales, de capacitación, etc.) en que ha quedado aquel de los cónyuges más desprotegido, que posteriormente le permitan valerse de algún medio de prueba que acredite esta situación de desventaja. Esto nos conduce a una serie de interrogantes: ¿Cómo sabremos cuál es el cónyuge más débil al momento del cese de la convivencia? ¿De que manera debe fijarse esta circunstancia y quien es el encargado de efectuar tal calificación? Para ello, ¿Debería realizarse una gestión voluntaria ante el tribunal, con el fin de que sea éste quien valore los antecedentes aportados por el cónyuge y otorgue tal calificación? o por el contrario, ¿Dicha apreciación quedaría en manos de los interesados, como una gestión extrajudicial? Esto último acarrea cierto grado de riesgo, ya que el juez, en el real proceso de divorcio o nulidad otorgaría valor a esta especie de prueba preconstituida y la compensación podría ser; desestimada, no obstante ser procedente en el momento de presentarse la demanda; reducida, en atención a circunstancias que quedaron establecidas, pero que han cambiado sustancialmente la situación de los cónyuges o incluso, otorgada al otro cónyuge, aun cuando no reúna actualmente los requisitos que la hacen procedente.

Con todo, cabe hacer presente que la ley en ningún punto se ha referido a esta eventual fijación previa del menoscabo. Luego, carecería de sentido preocuparse por una fijación de esta naturaleza, considerando que acarrearía serios problemas de prueba y que las circunstancias que se consideraron para establecerla de una manera fehaciente, pueden variar sustancialmente en cualquier momento. El juez considerará sin duda, el menoscabo apreciable al momento del proceso .

b.2: Prueba del menoscabo económico.

Sin duda que será labor importante de los abogados, la de aportar las pruebas suficientes que acrediten esta importante cadena de condicionantes que desemboca finalmente en la existencia del menoscabo económico y su consecuencia: la compensación económica.

La jurisprudencia ha sido exigente en cuanto a la prueba del menoscabo económico. Así puede apreciarse en sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 16 de marzo de 2007, en su considerando 3º: “Que no habiendo acreditado la demandante reconvenional que hubiese estado impedida de desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, y que a raíz de ello hubiese sufrido menoscabo económico, fundamentos que determinarían la procedencia de la compensación económica reclamada, deberá rechazarse la demanda reconvenional deducida a este respecto”. Vemos como la prueba insuficiente determina la improcedencia de la compensación económica.

En cuanto a los elementos probatorios que pueden aportarse, se aprecia una tendencia a la mayor amplitud posible en cuanto a los medios de prueba, amplitud que permita al cónyuge solicitante acreditar que efectivamente no ha podido dedicarse a una actividad remunerada a causa de su dedicación al hogar y que ello en definitiva, ha provocado el menoscabo económico.

De esta forma, sería plenamente admisible allegar pruebas tales como certificados médicos que den cuenta de las enfermedades que padece el solicitante, declaraciones juradas prestadas por los hijos de las partes, en las cuales dejan constancia de que el demandante reconvenional nunca trabajó por dedicarse a cuidar de los hijos y a las labores del hogar e igualmente, se tiene a la vista expedientes de los Juzgado de Menores en los que aparece que el demandado reconvenional pagaba pensión alimenticia a favor de sus hijos y de su cónyuge.

En sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 13 de junio de 2006, considerando tercero, haciendo referencia a los medios probatorios que anteriormente señalamos, ha dicho que: “Si bien los elementos probatorios reseñados en el considerando precedente (que hace referencia a los certificados médicos y declaraciones juradas) no constituyen por sí mismos y aisladamente prueba del derecho a la compensación reclamada, son constitutivos sin embargo de indicios que apreciados en su conjunto permiten presumir que la demandante reconvenional durante sus 19 años de matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos y del hogar común; amén de que los ingresos que pudo haber percibido el marido como funcionario de Carabineros, difícilmente permitían la contratación de ayuda doméstica para los efectos de que su cónyuge se desempeñara fuera del hogar.

Por otra parte y el mismo hecho de que el actor haya pagado pensión alimenticia (lo que puede acreditarse mediante el expediente respectivo) a la demandante reconvenional, constituye otra presunción de que ésta no realizaba actividad remunerada, pues de lo contrario ningún derecho habría tenido para percibir alimentos para sí”.

c) El menoscabo económico debe producirse por causas concretas.

Este menoscabo económico, debe ser consecuencia:

(a) de que un cónyuge no pudo dedicarse a una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o

(b) lo hizo en menor medida de lo que “podía y quería”.

Esto nos llevaría a sostener que el cónyuge que trabajó normalmente durante el matrimonio, no tendría –en principio– derecho a compensación económica, ni aún cuando carezca de lo necesario para subsistir modestamente luego de la ruptura. Esta exclusión parece fundada, pues lo que interesa para determinar la procedencia de la compensación, no es “principalmente” la situación desmedrada en que queda uno de los cónyuges en comparación al otro (como si ocurre en el derecho español) , sino la actividad o inactividad que este cónyuge presenta si analizamos su pasada vida conyugal .

Esta opinión es, al menos, discutible y presenta ciertos aspectos interesantes que abren el abanico de posibilidades en cuanto al ámbito de aplicación de la figura.

Perfectamente podría permitirse que, el cónyuge solicitante generara sus propios ingresos y no obstante ello, fuera favorecido con la compensación económica, si que el menoscabo económico que le ha causado la ruptura es notablemente superior a los recursos que pudo generar durante la vida conyugal. De esto se colige que la generación de ingresos propios, que prácticamente carecen de importancia sustancial para el mantenimiento de la familia, no excluiría en términos absolutos, la procedencia de la compensación económica, pues ella encuentra fundamento en otros elementos.

Hay un punto que nos parece interesante abordar y es el que dice relación con la obtención de ingresos o recursos económicos por parte del cónyuge que demanda la compensación

económica ¿Es necesario que el cónyuge más débil carezca absolutamente de ingresos? Luego de haberse acreditado los demás requisitos de la compensación económica y entre ellos, la existencia del menoscabo económico, ¿Es la falta de ingresos o recursos, un requisito indispensable para el éxito de la demanda?

Veamos qué ha dicho la jurisprudencia.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 21 de marzo de 2006, Rol N° 9.287-2006 ha dicho:

“3°. Que en lo que se refiere a la situación patrimonial de la actora reconvenional, se encuentra acreditado que durante la vida en común se dedicó a la crianza de sus hijos y no desarrolló ninguna actividad remunerada. Así se encuentra probado por las declaraciones de los testigos Sabag León y León Preller al contestar al punto dos del auto de prueba; situación que se encuentra reafirmada por la referencia que se hace al informe social en la sentencia recaída en los autos por alimentos Rol N° 927-1997 (fojas 138). Además, consta de los documentos de fs 285 y fs 346 que la demandante reconvenional tuvo que entregar la casa habitación que proporcionaba la Fuerza Aérea de Chile y que arrienda un departamento en Lo Barnechea donde vive con sus hijos.”

“4.- Que merece un apartado especial la situación previsional y de salud de la señora León Servanti, puesto que al disolverse el matrimonio se la desvinculaba en estos aspectos, con la Caja de Previsión de las Fuerzas Armadas, que en ningún caso se ve compensado con los exiguos ingresos que le proporciona el arrendamiento de dos vehículos a la Compañía de Teléfonos de Chile”.

En este caso, la cónyuge presenta una situación patrimonial deficiente: ha debido entregar el inmueble en que vivía, viéndose obligada a arrendar un departamento en el que vive junto a sus hijos; ha perdido los beneficios de salud y previsionales de que gozaba en virtud del matrimonio, y como único ingreso, cuenta con dos vehículos que da en arriendo a la compañía de teléfonos, de los cuales obtiene ingresos, pero que el tribunal no ha estimado suficientes para compensar el menoscabo que se hace patente con el divorcio. Lo anterior demuestra que la procedencia de la compensación no estaría condicionada a la carencia absoluta de ingresos por parte del cónyuge más débil, siempre que estos sean considerados exiguos, inocuos e insuficientes para mitigar el menoscabo económico.

En el caso en comento, se aprecia también, la consideración de algunos factores del art. 62 de la ley para determinar la existencia del menoscabo: la situación patrimonial de ambos y también, la situación del cónyuge beneficiario en materia de beneficios previsionales y de salud luego de la ruptura, evidenciándose allí, el daño que la actora ha reportado en su patrimonio.

En sentido contrario se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la que ha sostenido en fallo de 6 de diciembre de 2006, Rol N° 1.016-06, que *“si bien es cierto la demandada se ha dedicado al cuidado de los hijos durante el matrimonio, como lo ha reconocido expresamente el actor al responder la absolución N° 2 el pliego de fojas 114, y que ello pudo obstar a que desarrollara una actividad remunerada o lucrativa, no es menos cierto que durante la convivencia ella ha percibido y administrado la pensión alimenticia proporcionada por su cónyuge, a favor de los hijos y que además, adquirió un sitio en el loteo de la plaza Independencia de Calama, que pagó al contado, el que no ocupa, toda vez que reside y tiene su domicilio en la propiedad ubicada en la calle Lenguado 3016, Calama, adquirida por su cónyuge, inmuebles ambos que componen el haber de la sociedad conyugal...”*

En este caso, la situación patrimonial es distinta: si bien, la cónyuge carece de ingresos permanentes y no se ha dedicado a la actividad remunerada, ha podido adquirir un inmueble y

no incurre en gastos de arrendamiento, ya que vive en el inmueble adquirido por el marido. A juicio del tribunal, la adquisición de un inmueble es indicio de recursos de importancia, que de alguna forma fueron obtenidos por la cónyuge y que demuestran que no estuvo absolutamente impedida de obtenerlos, lo cual incide en la apreciación del menoscabo económico. En consecuencia, no concurren los factores que configuran el menoscabo económico a diferencia del caso anterior, en que sí se configura, pues los ingresos que obtiene la demandante son tan exiguos que no inciden en el cumplimiento de este requisito.

En ambos casos, nos encontramos frente a un matrimonio, que ha sido seguido de una etapa de separación de hecho y en que la cónyuge demanda el beneficio de la compensación económica al momento del divorcio, fundándose en la falta de actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio a consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos. Hechos que en ambos casos están acreditados, pero existen criterios que diferencian ambas situaciones y que el tribunal ha considerado para la decisión.

Merece nuestro comentario, una sentencia de la misma Corte de Apelaciones de Antofagasta (15 de diciembre de 2006, Rol N° 239-2006) que rechaza la demanda reconvenional de compensación económica.

En esta sentencia, la demandante reconvenional, siendo a la fecha en que cesó la convivencia conyugal, una mujer de 24 años, continuó luego desempeñándose laboralmente, sin perjuicio de que el demandado durante los 27 que han transcurrido desde que la separación de hecho, ha cumplido con sus obligaciones de proporcionar alimentos para ella y los hijos comunes. Sostiene la Corte, que no hay lugar al menoscabo económico como consecuencia del divorcio porque ambos se casaron muy jóvenes (ella 16 y él 20 años de edad) y si bien es cierto que ella no desempeñó una actividad remunerada durante la convivencia, esta no ha sido de larga duración (sólo 7 años) y pudo dedicarse sin problemas a una actividad lucrativa con posterioridad a la vida en común.

Lo interesante del fallo es que la Corte ha estimado para los efectos de determinar la procedencia o improcedencia de la compensación económica, el cumplimiento ininterrumpido de la obligación de alimentos, llegando a considerar este pago como una especie de atenuante de la conducta del demandado, suficiente como para rechazar (junto a otros elementos de prueba que permiten desestimar la petición) la compensación económica.

Por el contrario, la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia de 17 de noviembre de 2006, Rol N° 1.723-2006, que da lugar a la compensación, se ha dicho que *“no es atendible la alegación de la contraria en cuanto a que desde el cese de la vida en común contribuyó económicamente con la manutención de sus hijos y cónyuge mediante el pago de una pensión alimenticia, lo que corresponde únicamente a las consecuencias jurídicas de sus obligaciones conyugales y de familia”*.

Si bien la Corte desestima la alegación del demandado (cumplimiento de la pensión alimenticia), estimando que ella sólo responde a las consecuencias jurídicas de sus obligaciones conyugales y de familia, cabe hacer presente que no es ello lo que determina definitivamente la procedencia de la compensación económica, sino que el fundamento radica en no haber desarrollado la demandante, una actividad remunerada durante el matrimonio y ni aun después del cese de la vida en común.

d) Estas causas, deben a su vez, producirse a consecuencia de haber dedicado el cónyuge beneficiario sus esfuerzos al cuidado de los hijos o del hogar común.

Otro requisito de procedencia de la compensación económica que deducimos del tenor del Art. 61, es que la imposibilidad total o parcial de desarrollar actividades remuneradas debe ser consecuencia de que el cónyuge beneficiario se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.

Esto ha dado pie a algunos para sostener que la Nueva Ley de Matrimonio Civil de algún modo ha dado valor pecuniario al trabajo doméstico, aún cuando no se ocupó de regular expresamente lo que debe entenderse por cuidado de los hijos o por labores propias del hogar común. Este trabajo queda entonces, en manos de la jurisprudencia la cual deberá tener especial consideración las circunstancias personales de cada uno de los cónyuges así como de sus condiciones de carácter social y económico.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este importante requisito de procedencia, señalando que “la compensación económica exige como presupuesto básico, la circunstancia de que el cónyuge se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y que ello haya impedido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio. En este último aspecto el legislador también la hace procedente cuando a lo menos se haya deteriorado la capacidad de realizar esta actividad. Se trata, pues, de una norma que tiende a compensar económicamente una situación injusta que se produce como consecuencia de que uno de los cónyuges no se haya desarrollado individualmente como persona, en la medida que le permita obtener una especialización que le haya brindado permanentemente una actividad remunerada que constituye la base de los beneficios previsionales y de salud para toda la vida, ya que el divorcio implica la desvinculación de los cónyuges y, por lo tanto, finaliza la colaboración mutua, quedando el cónyuge que ha entregado enteramente su actividad a la familia, en los términos señalados, en la más completa indefensión para realizar actividades lucrativas, más aún en un país subdesarrollado que no posee una política integral de pleno empleo o seguridad social y en el que los salarios de los trabajos menores, en su mayoría, no alcanza para satisfacer las necesidades mínimas de alimentación, vestuario y movilización”, en el considerando segundo de sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 13 de abril de 2006, Rol N° 120-2006.

El Cuidado de los hijos.

Sobre este punto, es importante destacar que no basta lisa y llanamente que uno de los cónyuges se haya dedicado en mayor o menor medida al cuidado de los hijos, sino que es indispensable, que como consecuencia de ese cuidado, se vea impedido de la realización de una actividad remunerada o que la realizada no haya sido suficiente.

Respecto al cuidado de los hijos hay ciertas cuestiones previas de interés: ¿Debe tratarse del cuidado destinado solamente a los hijos comunes o basta con que lo sean de uno sólo de los cónyuges? Esto puede ser fuente indudable de problemas, pues el legislador no se ha pronunciado derechamente sobre este punto, y sin duda, nuevamente ha dejado en manos de los tribunales estas apreciaciones.

A nuestro parecer, si se trata de un hijo de filiación no matrimonial, perteneciente a uno solo de los cónyuges, la compensación económica sería procedente cuando este haya sido criado bajo la protección y cuidado del hogar que conforman los cónyuges, con la aquiescencia del que no es su padre o madre, considerándole siempre, como un miembro más de la familia que ellos han

constituido. En tal caso nos parece que el cuidado que se dedica a ese niño, forma parte del cuidado propio que los cónyuges destinan a la formación del hogar. Visto desde ese punto de vista, nada impide la solicitud de una compensación por esta dedicación.

Ahora bien, es también discutible la posibilidad de esgrimir el cuidado que se ha proporcionado a los hijos nacidos bajo un concubinato, al cual ha seguido el matrimonio entre estos mismos concubinos. Sobre este punto, es de vital importancia atender a la situación en que se desarrolló la convivencia durante la unión de hecho. Si uno de los convivientes sufre menoscabo a consecuencia del cuidado que ha proporcionado a los hijos durante la convivencia de hecho y luego contrae matrimonio, sabemos que el menoscabo no estará condicionado por el matrimonio ya que su origen es evidentemente anterior. Si bien la compensación económica no puede fundarse en un menoscabo generado con anterioridad al matrimonio, nada impide que una vez determinada legalmente (habiendo contraído matrimonio los concubinos), pueda aumentarse la cuantía o monto si se invoca el criterio del art. 62 inciso 2º, que hace alusión a las circunstancias de “la vida en común de los cónyuges” dentro de las cuales podría perfectamente esgrimirse la dedicación a los hijos durante el concubinato.

De contrario, si es a partir del matrimonio que el desarrollo laboral o profesional del ahora cónyuge, se ha frenado por la mayor dedicación al cuidado de los hijos, el menoscabo encuentra su causa en el matrimonio, sin mayores problemas.

La jurisprudencia ha dicho sobre este punto, que *“la ley no permite compensar por esta vía los desvelos y cuidados que antes de las nupcias haya prodigado la demandante reconvenida a su marido, a los hijos de éste o a los hijos comunes, aunque la convivencia existiera, pues explícitamente se regula por el legislador la compensación del desmedro económico producido con ocasión de matrimonio”* (Corte de Apelaciones de Rancagua, 18 de octubre de 2006, Rol N° 897-2006).

A juicio de la profesora Susan Turner, *“la disolución de una convivencia (concubinato) no conduce a compensaciones futuras ni aún cuando uno de los convivientes hubiese resultado perjudicado económicamente por haberse dedicado a las labores del hogar común o al cuidado de los hijos, si los hubiere”*.

Como vemos, los cuidados anteriores proporcionados al concubino, a los hijos de éste o a los hijos comunes, no podrían imputarse a la compensación económica y quedarían sin reparación si el concubinato no es seguido de la celebración del matrimonio, pero gracias al criterio del art. 62, la compensación que ya ha sido establecida, por haberse cumplido todos los requisitos de procedencia, podría verse aumentada habida consideración de la vida en común de los cónyuges, que precedió al matrimonio.

Si bien nuestro derecho ha seguido en este punto a la legislación española, estableciendo un criterio similar en cuanto a la consideración del tiempo dedicado anteriormente a la familia, cabe precisar que aquélla va más allá, estableciendo en el art. 97 del Código Civil español, entre las circunstancias que el juez ha de tener en cuenta para determinar la pensión compensatoria, *“la dedicación pasada y futura a la familia”*. Nuestra legislación no hace alusión alguna a la dedicación futura que pudiera realizar alguno de los cónyuges a favor del otro o de los hijos comunes. No existe noción como esa en nuestro derecho.

Respecto al tiempo destinado al cuidado de los hijos, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha sostenido que es perfectamente posible el beneficio de la compensación económica, aún cuando el cónyuge se hubiere dedicado parcialmente al estudio de una carrera o a labores de medio tiempo, siempre que estas actividades no se traduzcan en el abandono de los menores. La Corte, revocó un fallo de primera instancia que denegaba la demanda reconvenida de la cónyuge, sosteniendo

que no se habría acreditado el referido menoscabo económico porque durante la vigencia del matrimonio en cuestión, ella habría podido estudiar perfectamente, una carrera técnica y contar con ingresos propios que le habrían ayudado a solventar sus gastos. Por su parte, la Corte sostuvo que “...el estudio de una carrera técnica menor y hasta el procurarse ciertos aportes económicos a través de ellos que en la especie no se han determinado en su cantidad e importancia, en nada refutan los presupuestos fácticos esenciales del beneficio en referencia si, como sucede en la especie, no resulta discutido que la mujer se dedicó efectiva y principalmente al cuidado de los hijos (que en este caso, todavía, ni siquiera eran comunes) y que ello le impidió al menos en una medida inferior, desarrollar una actividad lucrativa a tiempo completo, que le hubiese permitido mirar con mayor tranquilidad su futuro sustentable”. Sentencia de 20 de junio de 2006, Rol N° 529-2006.

Cabe concluir que de acuerdo al criterio sustentado por la Corte de Apelaciones de Rancagua, el cuidado de los hijos también puede ser parcial y ello no obsta a la obtención de una compensación económica, aunque evidentemente ella será menor a la que obtiene el cónyuge que dedica la totalidad de sus esfuerzos a este cuidado.

Labores propias del hogar común.

La ley tampoco ha detallado este presupuesto de derecho. Sobre él, pueden hacerse varias apreciaciones.

Del tenor de la norma, pareciera ser que basta con que el cónyuge que solicita la compensación haya dedicado aunque sea una parte de su tiempo a las labores del hogar, de manera tal que su duración permitiera el desarrollo de una actividad remunerada a tiempo parcial. Frente a estas situaciones bastante frecuentes la ley hace procedente la compensación.

Se ha dicho por la doctrina que, no podría el cónyuge demandado alegar en su defensa que él ha realizado la otra parte del trabajo remunerado a que el cónyuge beneficiario no pudo dedicarse y sostener una supuesta “compensación” de deudas entre ellos. Este sería un recurso facilista que permitiría desechar o al menos disminuir esta importante figura que, mas allá de las consideraciones económicas responde a uno de los principios fundamentales de nuestra Nueva Ley de Matrimonio Civil, establecido en el art. 3, cual es, la protección del interés superior del cónyuge mas débil.

Ahora bien, ¿puede estimarse procedente la compensación económica cuando el cónyuge que alega su dedicación a las labores del hogar, ha sido ayudado en ellas por una empleada doméstica u otra persona? ¿Se ha dedicado realmente a esas labores?

Podríamos sostener que la dedicación del cónyuge estaría determinada por el tiempo en que aquel tercero haya ayudado a cumplir estas labores, realizando los quehaceres del hogar. Ahora bien, si es dable concluir que dicha dedicación, no ha sido completa por parte del cónyuge, la compensación sería igualmente procedente si éste alega el tiempo destinado al cuidado de los hijos, que es el otro supuesto previsto en el art. 61 y de esta forma cumpliría también con el requisito de procedencia y obtendría el beneficio, ya que los presupuestos del art. 61 no son copulativos sino independientes entre sí.

En cuanto al lugar en que deben realizarse las labores del hogar, debemos entender que ellas se refieren a las que se realizan en el espacio físico íntimo que se compartió con el cónyuge que ahora es demandado. Por lo anterior, podría sostenerse que este presupuesto no se configura si el cónyuge que demanda la compensación—generalmente y de acuerdo a la realidad nacional, la mujer— ha dedicado la mayor parte de sus esfuerzos al desempeño de actividades domésticas en un hogar distinto, ya sea que pertenezca a un familiar que se encuentra enfermo, un pariente anciano,

los padres, etc. Esta situación que suele presentarse en la práctica, no es tan simple como parece. La dedicación de uno de los cónyuges al cuidado de un pariente enfermo (sea que la dedicación este destinada al cuidado de su persona o a la mantención de su hogar) permite ahorrar al presupuesto familiar, los gastos en que se incurriría por ejemplo, al contratar los servicios de una enfermera o de una asesora del hogar.

En este caso estará en juego la circunstancia séptima del art. 62, relativa a la “colaboración prestada al otro cónyuge en sus actividades lucrativas”, dentro de la cual podría estimarse comprendida la dedicación al hogar que no es el propio, ha permitido ahorrar ciertos gastos en que habría incurrido la familia. ¿Puede estimarse esta dedicación, como una colaboración en las actividades lucrativas del otro cónyuge? Este es otro aspecto sobre el que deberá pronunciarse la jurisprudencia.

Nos parece pertinente reiterar que el menoscabo económico que sufre uno de los cónyuges, no es compensable si no está condicionado por el desarrollo de algunas de estas actividades.

Por ejemplo, si ambos cónyuges trabajan independientemente como empleados de una misma empresa, no tienen hijos comunes y el trabajo doméstico lo realiza un tercero. Posteriormente la mujer recibe una oferta de trabajo en otra sucursal de su misma empresa, por un mejor puesto y a mayor remuneración, pero a condición de trasladarse de ciudad. Si ella ha rechazado la proposición con el objeto de mantener la convivencia conyugal con su marido, obviamente sufre un menoscabo económico, pues ha dejado de percibir un mayor ingreso y ha perdido la oportunidad de mejorar su situación patrimonial, pero no podrá demandar la compensación económica, puesto que las razones de ese rechazo no se deben al cuidado que dedica a los hijos o a las labores del hogar común.

Ideas Finales.

De acuerdo al análisis realizado, podemos concluir que la compensación económica, figura tan importante para la mitigación de los efectos patrimoniales de la ruptura, es en definitiva, resultado de la conjugación de diversos e importantes factores que serán determinados en cada caso por el legislador de turno. En nuestro caso, las normas pertinentes han sido fijadas en el art. 61 y 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil, la primera, estableciendo los requisitos de procedencia -a los que nos hemos referido con mayor profundidad- y la segunda, a los criterios que delimitan la cuantía de la misma. Estos criterios, como puede apreciarse del tenor del art. 62, no son taxativos y sin duda, muchos de ellos será complementados y determinados por la jurisprudencia, sin perjuicio de la inclusión de algunos nuevos, como ocurre por ejemplo, con el “cumplimiento ininterrumpido de las obligaciones alimenticias” por parte del cónyuge que ha sido demandado por concepto de compensación económica, cumplimiento que puede dar lugar a una rebaja considerable en el monto de la misma.

Por otra parte, hemos visto que el menoscabo económico es el presupuesto fundamental de nuestra figura y al ser éste, el elemento central que justifica la procedencia de la compensación económica, requiere de prueba, la cual corresponde al que la solicita, de acuerdo a las reglas generales del onus probandi. Nuestro legislador no ha establecido un sistema de presunciones, ni siquiera simplemente legales, que permitan dar por establecido el menoscabo económico si se acreditan ciertos hechos, por lo cual el éxito o fracaso de la solicitud, dependerá fundamentalmente, de la prueba efectiva del menoscabo económico que rinda el solicitante. Como ya vimos, en cuanto a los elementos probatorios que pueden aportarse, se aprecia un

criterio bastante flexible en su apreciación y una tendencia a la mayor amplitud posible de medios de prueba, lo cual facilita la tarea del solicitante.

Hemos podido apreciar también, que el cumplimiento de los requisitos básicos de procedencia que señala el art. 61, cuales son: la dedicación al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar común, pueden cumplirse perfectamente de manera parcial, habiéndose dedicado el cónyuge más débil sólo a una de estas labores, o a ambas conjuntamente, combinando esta dedicación con el desarrollo de un trabajo remunerado o la perfección sus estudios y no obstante ello, puede el tribunal considerarlo beneficiario de este derecho. Para ello puede utilizar los criterios complementarios del art. 62 que lo ayudarán a formar su convencimiento respecto de que ese cónyuge ha resultado ser de todas maneras el más débil frente a la ruptura, estimando especialmente, la futura vida que debe enfrentar. De esta forma la dedicación simplemente parcial también sería digna de reparación, cumpliéndose el objetivo que según la doctrina también ha sido considerado por nuestra nueva Ley de Matrimonio Civil, cual es, aquél que pretende darle valor económico al trabajo realizado por uno de los cónyuges en pro de la familia común. En consecuencia, si uno de los cónyuges ha dedicado parte importante de su vida al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común debemos entender, que ha realizado una serie de trabajos no remunerados que, en principio correspondían a la obligación de ambos cónyuges, y por lo tanto, al término del matrimonio tendría derecho a que se le remunerase –si así puede llamarse– equitativamente la prestación de tales servicios o a que se le rembolsare en la parte que tocaban al otro cónyuge de consuno. No faltan los que ven este argumento, un atentado la idea de la comunidad de vida que implica el matrimonio, donde los aportes que hace cada cónyuge se funden en un todo indivisible y donde no parece pertinente, el cobro posterior de las labores domésticas.

Por último, un aspecto que nos parece necesario destacar, es el que dice relación con la existencia o inexistencia de recursos económicos en el patrimonio del solicitante. Sin perjuicio de que la naturaleza jurídica de la compensación económica aún es discutible, nos parece que la ley ha sido clara en su espíritu, siendo el objetivo fundamental de la figura, la protección del cónyuge más débil, esto es, de aquél que ha quedado más desprotegido luego de la ruptura pero cuya disminución patrimonial, profesional e incluso personal, encuentra su causa en la época que compartió con el otro cónyuge. Ello nos lleva necesariamente a una apreciación retroactiva de las condiciones en que se desarrolló el matrimonio y como ha influido ello, en la planificación de futuro que ahora enfrenta el solicitante. Si bien el cónyuge que demanda la compensación ha resultado el más desvalido económicamente, en ningún caso puede entenderse que la ley haya exigido la indigencia, para otorgarle este derecho. De esta forma, la existencia de ingresos, bienes o recursos por parte del cónyuge que demanda la compensación económica, no es causal suficiente para denegar de plano este beneficio, si se reúnen los demás requisitos que lo hacen procedente.