

## LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS ENTRE CÓNYUGES DIVORCIADOS EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

*Susan Turner Saelzer\**

### RESUMEN

*El trabajo tiene por objeto el análisis de las prestaciones de orden patrimonial a que da lugar el divorcio entre los cónyuges según la nueva Ley de Matrimonio Civil. Dos modelos de Derecho comparado sobre la materia, el alemán y el español, sirven de referentes para la revisión de la evolución que dicha ley tuvo durante su tramitación parlamentaria respecto de la vigencia de la obligación alimenticia entre cónyuges y de la consagración de prestaciones compensatorias en favor de aquel que resulta perjudicado con la ruptura. En especial, el estudio se centra en la denominada compensación económica establecida en beneficio del cónyuge que sufre un menoscabo patrimonial con ocasión del divorcio o de la nulidad, confrontándola con las instituciones que le sirvieron de antecedente y analizando sus aspectos fundamentales, tales como su naturaleza jurídica, los supuestos de hecho que la hacen procedente y el ámbito de su aplicación.*

### COMPENSACIÓN ECONÓMICA - DIVORCIO - ALIMENTOS

### *Economic obligations between divorced couples in the new Chilean civil marriage law*

### ABSTRACT

*This paper analyses the patrimonial obligations brought about by divorce according to the new Chilean Civil Marriage Law. Two models of Compared Law, the Spanish and the German models, serve as referents for the revision of the evolution that such law had during its parliamentary discussion in connection with the alimony obligation between the spouses and the establishment of the compensatory obligations in favor of the spouse who suffers patrimonial loss because of the divorce. The study centers especially around the so called economic compensation established for the spouse who suffers patrimonial loss due to the divorce or annulment, contrasting them with the established law that served as its foundation and analyzing its fundamental aspects such as its jurisdictional nature, its supporting foundations and the field of application.*

### DIVORCE COMPENSATION - DIVORCE - ALIMONY

---

\* Magíster en Derecho U. de Göttingen, Profesora de Derecho Civil en la Universidad Austral de Chile, Casilla 567, Valdivia, sturner@uach.cl. Artículo recibido el 28 de mayo de 2004 y aceptado por el Comité Editorial el 23 de junio de 2004.

Desde la presentación del proyecto sobre “nueva Ley de Matrimonio Civil” en 1995 y hasta su aprobación por el Congreso Nacional en marzo de 2004, la discusión parlamentaria y, sobre todo, el debate público se centraron en el carácter disoluble o indisoluble del vínculo matrimonial. Consecuentemente con ello, el interés recayó fundamentalmente en la etapa previa al divorcio –causales para solicitarlo, períodos previos de separación– relegando a un segundo plano aquella relativa a los efectos del mismo, siendo que justamente en esta etapa el derecho podría desplegar su función típica de proveer de reglas para resolver los conflictos que se siguen de la ruptura, del abandono y de otros males indeseados.<sup>1</sup> De allí surge el mayor contrasentido, a mi juicio, de esta larga tramitación pues uno de los aspectos más criticables de los actuales juicios de nulidad matrimonial que, en la práctica, independientemente de las consideraciones técnico-jurídicas, operan como juicios de divorcio por mutuo acuerdo, es la falta de una normativa coherente y completa que aborde las relaciones posteriores a la terminación del matrimonio entre los, hasta ese momento, cónyuges.

Sin perjuicio de lo anterior, y quizá ante la inminencia de la aprobación del divorcio vincular, fue tomando fuerza la idea de una protección especial para el cónyuge que a consecuencia del divorcio queda en una posición desventajosa. A través de ciertas prestaciones compensatorias se intentó distribuir adecuadamente los costos del divorcio, disminuyendo la disparidad que la ruptura provoca en las condiciones de vida de los cónyuges.<sup>2</sup>

El presente trabajo tiene por objeto estudiar las prestaciones de orden patrimonial a que hay lugar entre cónyuges divorciados y la forma en que ellas fueron reguladas en los distintos textos aprobados durante la tramitación parlamentaria de la nueva Ley de Matrimonio Civil. Para ello, dos modelos comparados sobre la materia que se describen en el capítulo primero otorgarán el marco referencial necesario para el posterior análisis normativo abordado en la segunda parte. Finalizaré con algunas reflexiones críticas en torno a la institución consagrada por la referida ley para la consecución de la finalidad protectora aludida en el párrafo anterior, la denominada compensación económica.

## I. MODELOS COMPARADOS DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE CÓNYUGES DIVORCIADOS

Las consecuencias económicas del divorcio entre los cónyuges, excluidas las relativas al régimen de bienes que los unió durante el matrimonio, se han aborda-

<sup>1</sup> Barros, E., “La ley civil ante las rupturas matrimoniales” en *Estudios Públicos*, 85 (verano 2002), p. 9.

<sup>2</sup> Tapia, M., “Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil” en *Estudios Públicos*, 86 (otoño 2002), p. 244.

do por las legislaciones comparadas a través de distintos modelos que pretenden lograr un equilibrio entre el principio de la autorresponsabilidad, en virtud del cual cada cónyuge separado debe procurarse, en la medida en que le fuera posible, sus propios medios de vida<sup>3</sup> y el de la solidaridad postconyugal, entendido como una relación de asistencia material, atenuada respecto a la vigente durante el matrimonio, pero análoga a la existente entre cónyuges separados<sup>4</sup>.

En la búsqueda de un justo punto medio entre ambos, se han esgrimido como fundamentos de las obligaciones patrimoniales entre divorciados desde la culpa de uno de los cónyuges hasta la mencionada solidaridad postmatrimonial, asignándosele de paso distinta naturaleza jurídica a las prestaciones creadas, sea asistencial o alimenticia, reparatoria de daños o, incluso, compensatoria de un enriquecimiento injusto.<sup>5</sup> Estas diferencias referidas tanto al fundamento como a la entidad de lo debido quedan de manifiesto en la comparación de dos sistemas, el alemán y el español.

### 1. *El modelo alemán de alimentos entre cónyuges divorciados*

Los parágrafos 1569 y siguientes del BGB regulan los alimentos entre cónyuges divorciados. El apartado se inicia con la consagración del principio de la responsabilidad de cada cónyuge por su propia sustentación (§ 1569) según el cual, sólo en caso de imposibilidad de proveer él mismo a su mantención, surge el derecho a solicitar alimentos de parte del otro cónyuge. Se trata de una norma de tipo programática<sup>6</sup>, en el sentido de no constituir un fundamento autónomo para el derecho de alimentos sino de consagrar la regla fundamental que determina el nacimiento de este derecho, reflejando de paso la excepcionalidad de los siete supuestos de hecho contenidos en los §§ 1570 a 1576. Es decir, y tal como lo señalan las citadas normas, un cónyuge divorciado tiene derecho de alimentos sólo en la medida que la concurrencia de alguno de los presupuestos legales le impida trabajar.

Los supuestos de hecho descritos son los siguientes: ejercer el cónyuge el cuidado de los hijos comunes (§ 1570), tener el cónyuge una edad tal que no le sea exigible trabajar (§ 1571), sufrir el cónyuge una enfermedad o deterioro físico o mental (§ 1572), estar el cónyuge desempleado no teniendo derecho a alimentos en virtud de los §§ 1570 a 1572 (§ 1573 inciso 1º), no tener ingresos

<sup>3</sup> García Rubio, M., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 119.

<sup>4</sup> Campuzano Tomé, H., *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 22.

<sup>5</sup> García Rubio, M., *op. cit.*, p. 135.

<sup>6</sup> Brudermüller, G., Comentario al § 1569 BGB en *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H Beck, Munich, 2002, número marginal 1, p. 1609.

propios suficientes para cubrir los alimentos y, en este caso, el derecho queda limitado a aquella diferencia que falte para completarlos (§ 1573 inciso 2º), estar impedido para trabajar por razones graves, cuando la denegación de alimentos en su favor constituya una inequidad manifiesta (§ 1576) y, por último, el caso especial de los alimentos debidos para que el cónyuge complete o adquiera una formación profesional que le permita más tarde asegurar su subsistencia mediante un trabajo independiente (§ 1575).

El cónyuge demandante puede combinar estos presupuestos, como, por ejemplo, si alega estar enfermo y además tener el cuidado personal de un hijo común, o hacerlos valer en forma sucesiva, como si primero funda su petición en el cuidado de los hijos y más tarde, en su avanzada edad para encontrar trabajo.<sup>7</sup>

Por consiguiente, los alimentos entre cónyuges divorciados se deben sólo después de la ejecutoriedad de la sentencia respectiva cuando concurra alguno de los supuestos de hecho enunciados,<sup>8</sup> además de los requisitos generales de necesidad por parte del cónyuge demandante y capacidad económica del cónyuge demandado.

Este modelo asistencial ha sido criticado por el hecho de pasar por alto la desaparición de uno de los requisitos inherentes y necesarios del derecho de alimentos, cual es la vigencia del vínculo matrimonial.<sup>9</sup> Al hablar de alimentos posteriores al divorcio y, por ende, de aquellos que surgen sin existir ya el matrimonio, en realidad se estaría aludiendo a una institución diferente que tendría su fundamento en la necesidad de paliar los efectos del divorcio, específicamente, la extinción del deber de socorro existente hasta ese momento entre los cónyuges.

## 2. *El modelo español de pensión compensatoria*

El Código Civil español consagra en su artículo 97<sup>10</sup> una pensión que la doctrina y jurisprudencia denominan “pensión compensatoria” y que se define

---

<sup>7</sup> Diederichsen, U., *Das Recht der Ehescheidung und Scheidungsfolgesachen*, Kommunikationsforum, Colonia, 4. Ed., 1981, p. 83.

<sup>8</sup> Wax, P., “Allgemeine Grundlagen” en Wax P. (Editor), *Unterhaltsrecht*, Giesecking, Bielefeld, 8. Ed., 2003, p. 18.

<sup>9</sup> Campuzano Tomé, H., *op. cit.*, p. 64.

<sup>10</sup> “El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: 1ª Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges; 2ª La edad y estado de salud; 3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; 4ª La dedicación pasada y futura a la familia; 5ª La colaboración con su trabajo en las

como “aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”.<sup>11</sup>

Esta institución fue recogida por el legislador español de 1981 siguiendo modelos de Derecho comparado, tales como el francés, el italiano y el inglés.<sup>12</sup>

La doctrina y jurisprudencia españolas se han uniformado en el sentido de descartar la naturaleza alimenticia de la pensión compensatoria, remarcando su carácter indemnizatorio. Sánchez Pedrero cita al respecto una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 1988 en que se afirma que la naturaleza de la pensión compensatoria “no es alimenticia sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o del divorcio y sin vinculación con ninguna idea de la responsabilidad por culpa”.<sup>13</sup>

Sus supuestos de hecho son dos: que se decrete una separación<sup>14</sup> o divorcio y que, a consecuencia de ellas, surja un desequilibrio económico para alguno de los cónyuges. Fijar el contenido de este último concepto, el de desequilibrio económico, ha sido fundamental para la aplicación de la pensión compensatoria. En directa relación con el rol atribuido a las circunstancias descritas en los numerales del art. 97, se han planteado dos interpretaciones acerca de su alcance como presupuesto de otorgamiento de la pensión compensatoria<sup>15</sup>:

- a. Una objetiva, según la cual habrá tal desequilibrio cuando uno de los cónyuges experimente con posterioridad al divorcio o separación una disminución de su patrimonio, tanto en relación con la posición del otro cónyuge

---

actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión; 8ª 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”.

<sup>11</sup> Campuzano Tomé, H., *op. cit.*, p. 26.

<sup>12</sup> García Rubio, M., *op. cit.*, p. 141.

<sup>13</sup> Sánchez Pedrero, A., *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 139.

<sup>14</sup> A diferencia de los modelos inspiradores de la pensión compensatoria española, ésta se aplica a los cónyuges separados en virtud de sentencia judicial, posibilitando la concurrencia en dicho caso de la pensión y de los alimentos entre cónyuges. García Rubio, M., *op. cit.*, p. 141.

<sup>15</sup> Campuzano Tomé, H., *op. cit.*, p. 28.

como con la situación gozada durante el matrimonio. Según esta postura, la existencia de desequilibrio se verifica en forma objetiva, comparando los patrimonios conyugales *ex ante* y *ex post* del divorcio y las circunstancias del art. 97 servirían únicamente como elementos cuantificadores del monto de la pensión.<sup>16</sup>

- b. Una subjetiva, que postula un alcance más amplio del concepto al considerar circunstancias subjetivas, personales de los cónyuges y conformadoras de su vida matrimonial, además de la diferencia patrimonial. La unión de estos factores y de la desfavorable situación económica de uno de los cónyuges derivadas precisamente de los primeros, podrá generar el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria. Aquí, las circunstancias del art. 97, más que criterios cuantificadores de la pensión, constituyen elementos definitorios de su presupuesto.<sup>17</sup>

En definitiva, confrontando los dos modelos expuestos, se puede concluir que ellos difieren en cuanto a su fundamento y finalidad. Mientras los alimentos entre cónyuges del BGB responden a un criterio de necesidad y pretenden solventar la subsistencia de los mismos, la pensión compensatoria española encuentra su presupuesto en el desequilibrio económico generado por el divorcio o la separación y su objetivo es resarcir el perjuicio sufrido por uno de los cónyuges. Sin embargo, y a pesar de estas diferencias sustanciales, ambos sistemas tienen en común la convicción en torno a la necesidad de reconocer y amparar la situación generada por la disolución de una comunidad de vida. El reconocimiento de que el matrimonio determinó la vida de los cónyuges ya no sólo en el aspecto personal sino también patrimonial y la protección legítima debida al cónyuge que ante la ruptura queda en una posición económica desmejorada, son compartidos. Prueba de ello es la similitud de los presupuestos de hecho considerados para el nacimiento del derecho de alimentos en el BGB y las circunstancias consideradas por el art. 97 del Código Civil español, para establecer la procedencia y cuantía de la pensión compensatoria.

## II. LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA Y OTRAS PRESTACIONES ECONÓMICAS ENTRE CÓNYUGES Y SU EVOLUCIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Para el estudio de la evolución que esta materia tuvo durante la tramitación parlamentaria, se considerarán cuatro antecedentes de la nueva Ley de Matrimonio Civil (en adelante: nueva ley): el proyecto sobre Nueva Ley de Matrimonio

<sup>16</sup> García Rubio, M., *op. cit.*, p. 153.

<sup>17</sup> *Id.*, p. 153.

presentado por un grupo de Diputados en noviembre de 1995 (en adelante: proyecto), el texto del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en septiembre de 1997 (en adelante: proyecto de la Cámara), las indicaciones formuladas por el Ejecutivo al proyecto de ley que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil presentadas en septiembre de 2001 (en adelante: indicación) y el texto aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en el mes de julio de 2003 (en adelante: proyecto del Senado).<sup>18</sup> Siempre en un orden cronológico, el análisis de estos distintos textos abordará, respecto de la obligación alimenticia, su regulación entre cónyuges separados y divorciados, y en el convenio regulador, para continuar con el estudio de la compensación económica.

### 1. *La obligación alimenticia entre cónyuges separados*

El artículo 42 del proyecto señalaba que la separación de los cónyuges deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales entre ellos, salvo el deber de cohabitación y de fidelidad. Se deducía, por consiguiente, que la obligación alimenticia, derivada del deber de auxilio, se mantenía inalterada en virtud de la subsistencia del vínculo matrimonial como título legal consagrado en el art. 321 N° 1 del Código Civil.

Por su parte, los art. 41 del proyecto de la Cámara y 40 inciso 4° de la indicación, en este último caso tanto para la separación provisoria como para la definitiva, repetían la misma norma.

En relación con los efectos de la separación judicial, el proyecto del Senado, en su art. 36 inciso 2°, contenía para el derecho de alimentos una remisión a las reglas especiales del Código Civil del párrafo V, del título VI del Libro Primero, es decir, a aquellas referidas a los efectos del divorcio perpetuo.

El art. 35 inciso 2° de la nueva ley recogió sin modificaciones la antedicha regulación del proyecto del Senado.<sup>19</sup>

Por consiguiente, y de acuerdo con la remisión a los arts. 174, 175 y 177 del Código Civil, el cónyuge que no haya dado causa a la separación tendrá derecho a que el otro lo provea de alimentos según las reglas generales y, en cambio, al cónyuge culpable de la separación, se le fijarán los alimentos teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él. Sin embargo, los efec-

<sup>18</sup> Los textos referidos se encuentran en el Boletín N° 1759-18.

<sup>19</sup> Señala la norma: "Tratándose del derecho de alimentos, regirán las reglas especiales contempladas en el Párrafo V, del Título VI del Libro Primero del Código Civil".

tos de la culpabilidad del cónyuge que dio lugar a la separación podrán ser morigerados por circunstancias graves en la conducta del solicitante.

De la secuencia de disposiciones referidas a la obligación alimenticia entre cónyuges separados recién expuesta, se puede concluir que no mereció dudas durante la tramitación parlamentaria la vigencia de la misma en la medida que subsiste el vínculo matrimonial como relación fundante del derecho. El deber de socorro emanado del matrimonio se mantiene inalterado pero se traduce, cesada la convivencia conyugal, en la obligación legal de alimentos entre cónyuges.<sup>20</sup>

La distinción resultante de la aplicación de los art. 174 y siguientes del Código Civil para determinar la cuantía de los alimentos entre cónyuges separados judicialmente, según si existió o no culpa en el que los debe y según sea la conducta del que los solicita, constituye, a mi parecer, una demostración de la inconveniencia de consagrar un régimen dual de divorcio-sanción y divorcio-remedio y de su traslado al campo de la separación. En efecto, tal como ocurre en el divorcio en que se consagran tanto causales derivadas de faltas imputables a uno de los cónyuges (art. 54) como el cese efectivo de la convivencia conyugal durante determinados lapsos de tiempo (art. 55), también en la separación judicial se abren estas dos vías. El cónyuge podrá solicitarla si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida común, según el art. 26 inciso 1º, o ante el cese de la convivencia, de acuerdo con el art. 27 inciso 1º. El sistema de divorcio-sanción ha demostrado en la experiencia comparada una serie de inconvenientes,<sup>21</sup> igualmente válidos para el caso de separación, que el modelo de divorcio-remedio zanja a través de su objetividad, debidamente morigerada justamente en el caso de los alimentos por la cláusula contenida en la última parte del inciso tercero del art. 55.<sup>22</sup>

Los alimentos no constituyen ni una suerte de multa aplicada a uno de los cónyuges por su actuar culpable<sup>23</sup> ni una forma de reparación de los perjuicios

<sup>20</sup> García Rubio, M., *op. cit.*, p. 25.

<sup>21</sup> Cfr. Tapia, M., *op. cit.*, pp. 233-239; Jaeger, W., en Comentario al § 1569 BGB en *Johannsen/Henrich. Eherecht*, C.H. Beck, Munich, 1998, número marginal 59, pp. 312 y 313.

<sup>22</sup> Art. 55 inciso 3º: "Habrà lugar también al divorcio cuando se verifique el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo".

<sup>23</sup> Con razón señala Mauricio Tapia que en las relaciones conyugales el reproche moral que implica la culpa, como expresión laica del pecado, debería quedar en la intimidad de la familia. Tapia, M., *op. cit.*, p. 234.



sufridos por alguno de ellos. Por el contrario, su tratamiento normativo debiera reflejar el carácter asistencial que los caracteriza, como una respuesta a la concurrencia de condiciones objetivas de necesidad con una finalidad de supervivencia. Desde ese punto de vista, carece de justificación el hecho que en la vía de la separación-sanción el juez esté facultado para alterar el monto de los alimentos, aplicando incluso una especie de compensación de culpas pues las consideraciones en torno a la causa de la separación no corresponden ser evaluadas ni en el elemento de la necesidad del alimentario ni en el de la capacidad económica del alimentante. Concurriendo unos mismos presupuestos tanto en un caso de separación por culpa como en uno de separación por cese de la convivencia, a saber, título legal, necesidad y capacidad económica, la cuantía de los alimentos que en definitiva se deban no puede fijarse bajo parámetros distintos. Esto no significa eliminar completamente el elemento de la culpabilidad en los alimentos entre cónyuges separados pues éste resurgiría a propósito de la injuria atroz en el art. 324 del Código Civil con su remisión al art. 968 del mismo cuerpo legal. Concurriendo alguna de las conductas culpables señaladas en esta última disposición, el derecho de alimentos se extinguiría. Pero esa culpa no sería la misma que aquella que configuró la causal de separación.

## 2. *La obligación alimenticia entre cónyuges divorciados*

El art. 61 inciso 1° del proyecto señalaba expresamente que el divorcio acaba con la obligación alimenticia. El inciso 2° de la disposición agregaba que este efecto se produce sin perjuicio de lo que convengan los cónyuges o decrete el juez respecto de su vida futura.

Por su parte, el art. 57 del proyecto de la Cámara eliminó la referencia expresa del art. 61 recién citado al cese de la obligación alimenticia entre los cónyuges divorciados. Se refirió más ampliamente al cese de todas las obligaciones que supone la calidad de cónyuges. Dentro de ellas, quedaba lógicamente incluida la alimenticia.

En la indicación, el art. 37 consagraba la cesación de la obligación alimenticia entre cónyuges divorciados. Sin embargo, entre estos últimos, primarían los acuerdos a que ellos pudiesen llegar y, en todo caso, debía evitarse que como consecuencia del divorcio alguno de los cónyuges quede imposibilitado de su mantención, considerando las resultas de la liquidación del régimen patrimonial de bienes, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos, según señalaba el art. 38 inciso 1°. Continuaba la disposición indicando que si el divorcio generare una situación de tal naturaleza, el tribunal podría, entre otras medidas, decretar a favor del cónyuge que no hubiese dado lugar al divorcio por falta que le sea imputable, el pago de un monto o de una pensión

compensatoria por un período que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio. Para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal debería considerar los siguientes criterios:

- 1° La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges
- 2° La edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges
- 3° Las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral
- 4° La eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar
- 5° El aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común
- 6° La eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio
- 7° La existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges

En el proyecto del Senado, el art. 61 señalaba expresamente que el divorcio pone fin al derecho de alimentos entre los cónyuges, sin perjuicio de la compensación económica a que pudiese haber lugar entre ellos.

La nueva ley, en su art. 60, repite la regla señalada.<sup>24</sup>

Del análisis anterior puede desprenderse que el legislador siempre consideró la extinción de los alimentos una vez que medie divorcio entre los cónyuges, salvo acuerdo en contrario. Es decir, consecuentemente con la desaparición del título legal cesa la causa de la obligación legal de alimentos. Sin embargo, y a partir de la indicación, queda de manifiesto una intención de mejorar al cónyuge que con posterioridad al divorcio queda en una posición económicamente más débil, habida consideración de una serie de criterios que marcan el contexto del matrimonio y de la ruptura. Esta intención se materializa, no por la vía de los alimentos sino de la consagración de la “pensión compensatoria” o de la “com-

---

<sup>24</sup> Art. 60: “El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente”.

pensación económica”, según la denominación de la indicación o del proyecto del Senado y de la nueva ley, respectivamente.

### 3. *La obligación alimenticia en el convenio regulador*

Tanto el proyecto como el proyecto de la Cámara seguían la tendencia del Derecho comparado de permitir que las partes normasen a través del convenio regulador los efectos de la separación, del divorcio y de la nulidad. Sin embargo, la indicación restringió su campo de aplicación al de la separación.<sup>25</sup> Por su parte, el proyecto del Senado y la nueva ley lo establecen a propósito de la separación de hecho y judicial y del divorcio de común acuerdo.

Así, en el título IV del proyecto, dedicado a las reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, el art. 63 inciso 1º señalaba como uno de los puntos que debían contener los acuerdos de los cónyuges que regulasen sus relaciones mutuas y respecto de los hijos para tener la calidad de completos, la precisión de la situación alimentaria de los miembros de la familia. Dentro de las amplias facultades entregadas al Juez en esta materia, el art. 65 inciso 3º facultaba incluso al Juez para “disponer pensiones alimenticias por tiempo limitado a favor de uno de los cónyuges; o prever alguna otra prestación que asegure a favor de los hijos o el cónyuge relaciones equitativas”. Por su parte, el art. 68 inciso 2º le imponía al Juez la obligación de proveer las medidas necesarias para regular las relaciones de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos comunes, aún desde la solicitud de separación o divorcio, tendentes a “prever la situación alimenticia” entre los mismos.

El proyecto de la cámara no modificó sustancialmente las disposiciones anteriores y, sin embargo, introdujo algunos criterios que, como se verá, constituyen precedentes para la posterior regulación de la compensación a favor del cónyuge desvalido. En las reglas comunes a la nulidad, separación y divorcio, el art. 59 repite la necesidad de que el acuerdo regulatorio precise la situación alimentaria de los miembros de la familia, agregando que la equidad de las relaciones futuras entre los ex cónyuges deberá ser apreciada por el juez considerando especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que se encuentre el cónyuge que ha permanecido al cuidado de los hijos y del hogar común. Sin la compensación de estas desventajas el acuerdo sería insuficiente. Por último, el art. 64 inciso 2º repite exactamente el anterior art. 68 inciso 2º, referido a las medidas que puede tomar el juez desde la solicitud de separación o divorcio, en las que deberá prever la situación alimentaria tanto de los cónyuges entre sí como respecto de los hijos comunes.

---

<sup>25</sup> Barcia, R., “El convenio regulador en el Derecho español y el proyecto de ley de Matrimonio Civil chileno”, en *Ius et Praxis*, Año 8 N° 2, Talca, 2002, p. 473.

En el art. 57 de la indicación, contenido en el Capítulo V sobre “acuerdos de las partes relativos al derecho de alimentos, cuidado personal y de relación directa y personal de los padres con los hijos”, el derecho de alimentos entre los cónyuges y respecto de los hijos figuraba como uno de los contenidos de dichos acuerdos. A su vez, el art. 59 inciso 4° reiteraba la disposición del proyecto de la cámara de considerar la situación de desventaja del cónyuge que se encargó del cuidado de los hijos y del hogar común, como requisito de equidad de las relaciones contenidas en el acuerdo alcanzado.

En el proyecto del Senado se consagraba la posibilidad para los cónyuges separados de hecho de regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se debían y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, y en su defecto, la de solicitar judicialmente su regulación (arts. 22 inciso 1° y 24). Asimismo, para que pueda decretarse la separación judicial, deberían encontrarse fijadas estas materias. El art. 28 inciso 2° señalaba, tal como el anterior art. 59 inc. 3°, que la suficiencia del acuerdo entre los cónyuges se evaluaría según si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita. Sin embargo, se eliminaba toda referencia a la desventaja para la inserción laboral del cónyuge que estuvo a cargo de los hijos y del hogar común. El art. 56 inciso 2° indicaba que los cónyuges que solicitan de común acuerdo el divorcio presenten un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos.

En esta materia, como en las comprendidas en los precedentes numerales 1 y 2, la nueva ley no innovó respecto del proyecto del Senado. En efecto, los art. 21 inciso 1°, 23, 27 inciso 2° y 55 inciso 2°, coinciden con las disposiciones señaladas en el párrafo anterior.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Art. 21 inciso 1°: “Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio”.

Art. 23: “A falta de acuerdo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que el procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas, como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; o las relaciones con los hijos, como los alimentos, el cuidado personal o la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado, se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con los hijos”.

Art. 27 inciso 2°: “Si la solicitud [de separación judicial] fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

En conclusión, si bien el campo de aplicación atribuido al convenio regulador varió durante la tramitación parlamentaria, la obligación alimenticia entre los cónyuges se mantuvo como uno de sus contenidos esenciales. Especial mención merecen las disposiciones respectivas del proyecto de la cámara y de la indicación que aludían a la situación desventajosa en que se encuentra el cónyuge que ha cuidado de los hijos y del hogar común para incorporarse al mercado laboral, pues ellas constituyen un antecedente de la compensación económica del proyecto del Senado y de la nueva ley, como se verá más adelante.

Por otra parte, llama la atención la falta de precisión del art. 60 de la nueva ley, pues sentando la regla general en cuanto a la extinción de los alimentos entre cónyuges, una vez decretado el divorcio, omite considerar las excepciones que, al menos, en los casos de divorcio de común acuerdo pudiese contener el convenio regulador y, en cambio, menciona la eventual compensación económica como tal, suponiendo erróneamente que ambas comparten la misma naturaleza jurídica de manera que pueden encontrarse en una relación de oposición.

#### 4. *La compensación económica y sus antecedentes*

La nueva ley consagra y regula la compensación económica en sus art. 61<sup>27</sup> a 66.

Constituyen antecedentes mediatos de esta institución, tal como se señalara, el art. 59 inciso 2° del proyecto de la Cámara y el art. 38 de la indicación, en tanto que lo es en calidad de inmediato la regulación contenida en los art. 62 a 67 del proyecto del Senado. En efecto, en el primero de ellos se encontraba plasmada la idea de una protección especial destinada al cónyuge que se encontraba en desventaja para incorporarse al mercado laboral por haber asumido las tareas domésticas y el cuidado de los hijos durante el matrimonio. Por su parte, el art. 38 de la indicación ponía a disposición del Juez una serie de circunstancias tanto subjetivas como objetivas que rodearon al matrimonio para decidir

---

Art. 55 inciso 2°: “En este caso [de solicitud de divorcio de común acuerdo] los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita”.

<sup>27</sup> Art. 61: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos 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”.

sobre la procedencia de una pensión compensatoria por un período de tiempo que no excediera de 5 años.

Sin embargo, un análisis más exhaustivo de la mencionada pensión compensatoria contenida en la indicación permite establecer claras diferencias entre ella y la compensación económica de la nueva ley.

- a. El campo de aplicación de la primera era el divorcio. En cambio, la segunda puede convenirse o decretarse entre cónyuges divorciados o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo<sup>28</sup>. Así se desprende de la letra de los arts. 61 y 64 inciso 3°.

En cuanto a la nulidad, el efecto retroactivo de su declaración debiera excluirla del ámbito de la compensación económica<sup>29</sup>, aún cuando el art. 52 establezca una presunción de matrimonio putativo. En efecto, si el matrimonio fuese putativo sus consecuencias patrimoniales se producirían siempre para el tiempo anterior a la declaración de nulidad y respecto del régimen patrimonial pues la ley debe prever la forma de liquidar los bienes que existan. Ello explica que el art. 51 inciso 2° conceda al cónyuge que contrajo el matrimonio de buena fe un derecho de opción entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieren tenido hasta ese momento o someterse a las reglas generales de la comunidad. Distinta es la situación de la compensación económica: no hay bienes que repartir ni deudas que cubrir sino que se trata de crear una obligación para el futuro que tendría su origen último en un vínculo que la ley entiende nunca existió.

- b. El presupuesto de la pensión compensatoria consistía en la imposibilidad de mantenerse por parte de alguno de los cónyuges a consecuencia del divorcio. Para determinar esta imposibilidad, debían considerarse los resultados de la liquidación del régimen patrimonial de bienes que hubiere existido o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos entre los cónyuges. El presupuesto para el otorgamiento de la compensación económica es el menoscabo económico

---

<sup>28</sup> El art. 48 inciso 2° de la Indicación de los senadores Chadwick, Romero y Diez expresaba que, no obstante la declaración de nulidad, el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione alimentos durante un plazo que no excederá de cinco años, contados desde que queda ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad.

<sup>29</sup> En España, el art. 98 del Código Civil contempla una indemnización de perjuicios en caso de nulidad de matrimonio bajo dos presupuestos: la buena fe del eventual acreedor y la convivencia durante el tiempo anterior a la declaración de nulidad, debiendo considerarse las circunstancias del art. 97. Se ha estimado que esta indemnización no tiene carácter alimenticio ni participa de la naturaleza de la pensión compensatoria. García Rubio, M., *op. cit.*, p. 180.

sufrido por el cónyuge que no desarrolló una actividad remunerada durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. En este sentido, la pensión compensatoria se acerca mucho más a los alimentos que la compensación económica, pues analizando la situación patrimonial del cónyuge acreedor, determinada fundamentalmente por el régimen patrimonial que lo unía al otro cónyuge, por la existencia de bienes familiares y por los alimentos que hubiere recibido del mismo, el juez determinará si se encuentra en condiciones de mantenerse por sí mismo.

- c. La “pensión” supone pagos periódicos de una suma determinada dentro de un plazo máximo, en cambio, “la compensación”, utilizada en el contexto de la norma, implica la fijación de una suma total que equivalga al menoscabo sufrido, sin perjuicio de que su pago pueda parcelarse. Confirma lo anterior la restricción contemplada a propósito de la pensión compensatoria en el art. 38 inciso 2º letra c) de la indicación y que señalaba como plazo máximo para su pago cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio y el art. 66 inciso 1º de la nueva ley que, para el caso del deudor que carezca de bienes para pagar el monto de la compensación, autoriza al juez para dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. También en este aspecto la pensión compensatoria se asemeja más a la obligación alimenticia que a la compensación económica.
- d. El nexo causal entre el divorcio y la pensión compensatoria era directo y perentorio. La imposibilidad de mantenerse debía ser consecuencia del divorcio. En la compensación económica la relación está establecida entre el hecho de haberse dedicado un cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, como causa, y la inactividad total o parcial de actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, como efecto. El divorcio o la nulidad cumplen, en este contexto, la función de fijar el momento en que se hace exigible la compensación del menoscabo económico sufrido. Por consiguiente, en el primer caso la prestación pretendía evitar que se produzca un menoscabo a raíz del divorcio y, en el segundo, su finalidad es el resarcimiento de un daño que pudo haberse producido aun antes del divorcio o nulidad y que, así acumulado, se hace exigible con la sentencia respectiva.

La compensación económica contenida en el proyecto del Senado fue recogida casi íntegramente en la nueva ley, con dos salvedades:

- a. En el proyecto del Senado el acreedor de la compensación económica era el cónyuge que “no había desarrollado una actividad remunerada durante el

matrimonio o lo había hecho en menor medida de lo que le era posible, como consecuencia de haberse dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común”. La nueva ley, en cambio, se refiere al que no ejerció una actividad lucrativa o lo hizo “en menor medida de lo que podía y quería”, eliminándose, además, la comparación entre la dedicación de ambos cónyuges. Esta eliminación se justifica plenamente pues no quedaba claro cómo medir la dedicación de cada uno de manera de poder confrontarlas y concluir quién era el “ganador”. ¿El cónyuge que concluida su jornada de trabajo realizaba labores del hogar o ayudaba en las responsabilidades escolares a los hijos se “dedicaba” menos que el cónyuge que sin realizar estas tareas permanecía en la casa sin trabajar remuneradamente?

- b. De entre las circunstancias enumeradas en el art. 63 del proyecto del Senado, no existía ninguna que apuntara a la calificación de la conducta de los cónyuges. En la nueva ley, en cambio, se agregó al art. 62 la consideración de la “buena o mala fe”, sin más precisión.
- c. En directa relación con lo anterior, en el proyecto del Senado no había alusión alguna al elemento de la culpabilidad en relación con el divorcio. Es decir, la compensación económica no se veía afectada por la causal invocada para decretar el divorcio, sea ella una de culpabilidad o, por el contrario, estuviere basada en el cese de la convivencia por un lapso de tiempo determinado. En cambio, en la nueva ley se agregó un inciso al art. 62 que faculta al Juez en caso de que el divorcio se decrete en virtud del artículo 54, para denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal o para disminuir prudencialmente su monto. Por consiguiente, si el divorcio se decreta por falta imputable al otro cónyuge que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común, el cónyuge culpable podría quedar privado de la compensación económica o, al menos, ver reducido su monto.<sup>30</sup>

##### 5. *Algunas reflexiones críticas sobre la compensación económica*

De las características de la compensación económica anotadas se desprende que su carácter no es alimenticio sino, por el contrario, participa de la naturale-

---

<sup>30</sup> En España, y a pesar de la configuración del divorcio como un remedio a la ruptura matrimonial y no como una sanción al cónyuge culpable de la misma, algunos autores han validado la incorporación del elemento de la culpabilidad a través de la enumeración abierta que hace el art. 97. En efecto, la norma permite al Juez fijar la pensión compensatoria “teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias”. Cfr. García Rubio, M., *op. cit.*, p. 146.



za reparatoria de la pensión compensatoria española. Sin embargo, su configuración, tanto desde un punto de vista formal como de fondo, no traduce fielmente dicha naturaleza.

Desde una perspectiva formal, la denominación empleada es, al menos, vaga<sup>31</sup> pues la compensación no opera aquí ni en el sentido que le atribuye el art. 1655 y siguientes de nuestro Código Civil ni existe la comparación de patrimonios propia del derecho español.<sup>32</sup>

En el aspecto material, la compensación económica adolece de imprecisiones en cuanto a la delimitación de sus supuestos de hecho. Si en la pensión compensatoria española el concepto clave es el desequilibrio económico, en el art. 61 de la nueva ley lo es el menoscabo económico. Dicho menoscabo, como ya se apuntara, proviene del hecho de que uno de los cónyuges no desarrollara actividad remunerada o lucrativa alguna o lo hiciera en menor medida de lo que podía y quería, a consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Que uno de los cónyuges no haya trabajado remuneradamente durante el matrimonio no parece acarrear dificultades pero ¿qué debemos entender por trabajar “en menor medida de lo que podía y quería”? Esta fórmula implica fijar un máximo posible para cada caso tanto en el aspecto del poder como del querer, cuestión que, por ejemplo, en mercados laborales cambiantes y cuando se trate de matrimonios de larga data es muy difícil. Pero, aun asumiendo que estas fórmulas abiertas empleadas para configurar el menoscabo no sitúan al juez en un escenario más dificultoso que aquel en que se encuentra en todos los procesos en que debe tasar los perjuicios sufridos por una de las partes, en mi opinión la situación en la compensación económica se presenta agravada por cuanto la distribución de tareas dentro del matrimonio, remuneradas o no, surgieron del acuerdo privado de los cónyuges. En este sentido, parece más legítima la intervención judicial destinada a precaver situaciones perjudiciales futuras que aquella dirigida a una revisión de los roles asumidos por los cónyuges –recordemos que la protección de los intereses de los hijos está excluida de la compensación económica– durante el matrimonio.

---

<sup>31</sup> En la discusión generada en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el senador Aburto hacía presente la inconveniencia de emplear el término “compensación” cuando en nuestro ordenamiento jurídico éste corresponde a un modo de extinguir las obligaciones. Boletín N° 1759-18, p. 191.

<sup>32</sup> El art. 97 del Código Civil español contiene una doble comparación: una temporal, consistente en que el reclamante esté en una situación económica inferior a la mantenida durante la subsistencia del matrimonio; y una personal, pues quien reclama debe hallarse en una situación económica inferior a la del otro cónyuge. Sólo la combinación de ambas condiciones comparativas permite la obtención de la pensión compensatoria. Sentencia A.T. de Palma de Mallorca de 27 de octubre de 1983, RGD, abril 1984, p. 925, citada en Campuzano Tomé, H., *op. cit.*, p. 66, nota 103.

El art. 62<sup>33</sup> sigue la tesis subjetiva del derecho español al señalar que las circunstancias en él indicadas sirven para determinar tanto la existencia del menoscabo económico como la cuantía de la compensación. Es decir, tales circunstancias no sólo cumplen una función de cuantificación del menoscabo sino que condicionan su propia existencia. Es cierto que con esta concepción subjetiva se disipa en parte el peligro de ver en la compensación económica derivada de una mera comparación aritmética de patrimonios, un derecho a mantener el nivel de vida del matrimonio<sup>34</sup> o un derecho a nivelación o a indiscriminada igualación<sup>35</sup> y nos acercamos más a un mecanismo que pretende evitar que a consecuencia de la ruptura del vínculo se produzca entre los cónyuges una situación patrimonial abiertamente injusta.

Sin embargo, esta finalidad pierde sustento con la consagración de un nuevo criterio de atribución y de determinación de la compensación económica: la culpabilidad de alguno de los cónyuges. Tanto la circunstancia de la buena o mala fe introducida en el art. 62, como la remisión del nuevo inciso 2º de la referida norma al divorcio por culpa, denotan una concepción de la compensación económica como la sanción pecuniaria ligada al divorcio. Consecuentemente con ello, el legislador debió haber excluido del ámbito de aplicación de la compensación al divorcio generado por la ruptura de la convivencia o, al menos, haberla condicionado en estos casos al acuerdo entre las partes. En cambio, prefirió un camino intermedio que contribuye a difuminar la naturaleza de la prestación. En este sentido, y tal como se hiciera presente a propósito de la obligación alimenticia entre cónyuges separados, el sistema dual entre divorcio-sanción y divorcio-remedio seguido por la nueva ley manifiesta sus inconveniencias.

Otro aspecto de la compensación económica que, a mi juicio, merece una consideración crítica es su deficiente regulación temporal, manifestada en la ausencia de un plazo máximo para su pago y en la falta de claridad en cuanto al momento en que debe apreciarse el menoscabo económico. Las modalidades de pago contempladas en el art. 65 –entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes o constitución de derechos de usufructo, uso o habitación– y la forma supletoria de pago en cuotas del art. 66, no contienen límite temporal alguno. De esta forma, y sin que se contemplen vías para solicitar la reducción

---

<sup>33</sup> Art. 62: “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”.

<sup>34</sup> Campuzano Tomé, H., *op. cit.*, p. 68.

<sup>35</sup> Marín García de Leonardo, T., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 29.

o extinción de la compensación, la parte deudora podría quedar vinculada económicamente durante años con quien la ley declaró ya no ser su cónyuge, sin consideración alguna de las variaciones que pueda sufrir su capacidad económica o la situación patrimonial de la parte acreedora. Ello, además de constituir un desincentivo al trabajo tanto del cónyuge beneficiario como del cónyuge deudor, importa un tal desincentivo a la obtención de acuerdos en materia de compensaciones económicas. Estas razones, entre otras, han llevado a la jurisprudencia española a inclinarse a favor de la temporalidad de la pensión compensatoria<sup>36</sup> aún a falta de texto legal expreso.

Por otra parte, la normativa de la nueva ley no resuelve otro aspecto temporal conflictivo: cuándo debe medirse el menoscabo sufrido por uno de los cónyuges. El problema se presenta en aquellos casos en que el divorcio va precedido de un tiempo de separación entre los cónyuges, situación usual en el modelo de divorcio-remedio. ¿Ha de atenderse al momento de la ruptura de la convivencia o al del divorcio? En el lapso intermedio entre ambos pueden variar significativamente las condiciones laborales, de salud o patrimoniales de los cónyuges y, por ende, la existencia y cuantía del menoscabo.

En España se ha planteado que las circunstancias posteriores a la ruptura y anteriores al divorcio sólo se consideran si tienen relación de causalidad directa con el matrimonio anterior.<sup>37</sup> En Alemania, y en el contexto de fijar la época en que han de medirse las condiciones de vida del matrimonio como parámetro de los alimentos, según el § 1578, inciso 1º, primera frase, la jurisprudencia se ha inclinado por el momento de la ejecutoriedad de la sentencia de divorcio y, por ende, ha incluido dentro de la apreciación los cambios patrimoniales posteriores a la separación, a menos que ellos respondan a una evolución inesperada que se aleje manifiestamente del rumbo normal de los acontecimientos.<sup>38</sup>

En la nueva ley, la primera circunstancia descrita en el art. 62 alude a la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges. No queda claro a cuál de ellas deberá estar el juez en caso de que no sean coincidentes. Si bien la sentencia de divorcio cuenta a su favor la mayor certeza que entrega como hito en comparación con el cese de la convivencia, la finalidad resarcitoria del menoscabo originado durante la vida en común se cumple en mejor medida tomando el segundo momento, pues a partir de él se acaba la comunidad de vida a que dio origen el matrimonio.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Sánchez Pedrero, A., *op. cit.*, p. 188.

<sup>37</sup> Campuzano Tomé, H., *op. cit.*, p. 79.

<sup>38</sup> Fallo del BGH de fecha 31 de marzo de 1982, publicado en NJW 1982, 2063.

<sup>39</sup> En este sentido, la jurisprudencia alemana minoritaria en torno al §1578 inciso primero, primera frase, sostenía que para la medición de los alimentos entre cónyuges debía estarse al

Hasta ahora, las decisiones de índole patrimonial vinculadas al matrimonio estaban asociadas al momento en que los cónyuges decidían sobre el régimen de bienes aplicable a su unión. La decisión de someterse al régimen de separación de bienes o al de participación en los gananciales, excluyendo la sociedad conyugal, denotaba una voluntad de afrontar con responsabilidades patrimoniales independientes la vida conyugal. La compensación económica abre un segundo momento de decisiones patrimoniales para los cónyuges, ahora mirando a su vida postmatrimonial. De ahí que correctamente el art. 64 recalque la supletoriedad de la fijación judicial de la misma, sólo a falta de acuerdo entre las partes. En este sentido, y en ejercicio de esta labor subsidiaria, el juez debiera considerar la voluntad original de los cónyuges manifestada normalmente al contraer matrimonio o, en el caso del pacto del art. 1723 del Código Civil, durante el mismo y la vía para ello sería la ponderación de “la situación patrimonial” de los cónyuges, señalada en el art. 62.<sup>40</sup>

De esta manera, se lograría, por un lado, el respeto a un ámbito de decisión privada de los cónyuges que les atañe exclusivamente a ellos y que tuvo en vista el proyecto de vida común existente en ese momento y, por el otro, se le daría a la liquidación de la sociedad conyugal y a la terminación del régimen de participación en los gananciales su sentido original de nivelar los resultados patrimoniales del matrimonio.

### III. CONCLUSIONES

La protección del cónyuge que resulta económicamente perjudicado con el divorcio ha sido abordada en el derecho comparado de dos maneras: reconociéndole un derecho de alimentos bajo ciertos presupuestos y pese a la disolución del vínculo, o creando en su favor una prestación resarcitoria especial.

La nueva Ley de Matrimonio Civil muestra, durante su tramitación, una línea clara en el sentido de hacer depender la obligación alimenticia del vínculo matrimonial, de tal manera, que desapareciendo el primero se extinga también la segunda. Por consiguiente, los alimentos subsisten entre cónyuges separados y, en cambio, son improcedentes entre cónyuges divorciados. Entre estos últi-

---

momento de la separación de los mismos –no al del divorcio– siempre que a partir de él sus caminos en el orden patrimonial y profesional se hubiesen escindido de tal manera que no subsistiesen relaciones de dependencia ligadas al matrimonio que recomendasen apuntar a un momento posterior. Fallo del Tribunal de Alzada (OLG) Bamberg de fecha 15.4.1980, publicado en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1980, 687 (689).

<sup>40</sup> El art. 38 inciso 1º de la indicación recogía esta idea expresamente al indicar la consideración de “las resultas de la liquidación del régimen patrimonial de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes” para determinar la imposibilidad de mantenerse de alguno de los cónyuges.

mos, el tema se zanja a través de la consagración de ciertas prestaciones pecuniarias, con la denominación de compensatorias. Mientras la pensión compensatoria de la indicación presentaba rasgos que la acercaban más a la obligación alimenticia, la compensación económica del proyecto del Senado, así como la que finalmente estableció la nueva ley, se enmarcan dentro de aquellas de naturaleza reparatoria. Atendida esta característica, resulta indispensable que tanto sus presupuestos como el perjuicio que se trata de resarcir a través de ella, además del origen y tiempo en que ha de medirse este último, surjan clara y coherentemente del modelo normado.

La compensación económica adolece de imprecisiones en los aspectos mencionados que podrían traducirse en un falso concepto de la misma, entendiéndola más que como un mecanismo destinado a evitar inequidades patrimoniales manifiestas entre los cónyuges a consecuencia del divorcio, como una sanción aplicada sin límite temporal y asociada a la culpabilidad de uno de ellos y que surge de la revisión que hace el juez de la vida en común llevada por los cónyuges, sin consideración de la distribución de tareas y responsabilidades que estos hubieren acordado.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARCIA, R., "El convenio regulador en el Derecho español y el proyecto de ley de Matrimonio Civil chileno", en *Ius et Praxis*, Año 8 N° 2, Talca, 2002.
- BARROS, E., "La ley civil ante las rupturas matrimoniales" en *Estudios Públicos*, 85 (verano 2002).
- Boletín del Congreso Nacional N° 1759-18 sobre nueva Ley de Matrimonio Civil
- BRUDERMÜLLER, G., Comentario al § 1569 BGB en *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H Beck, Munich, 2002.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 1994.
- DIEDERICHSEN, U., *Das Recht der Ehescheidung und Scheidungsfolgesachen*, Kommunikationsforum, Colonia, 4. Ed., 1981.
- GARCÍA RUBIO, M., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.
- JAEGER, W., Comentario al § 1569 BGB en *Johannsen/Henrich. Eherecht*, C.H.Beck, Munich, 1998.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- SÁNCHEZ PEDRERO, A., *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- TAPIA, M., "Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil" en *Estudios Públicos*, 86 (otoño 2002).
- WAX, P., "Allgemeine Grundlagen" en Wax P. (Editor), *Unterhaltsrecht*, Gieseking, Bielefeld, 8. Ed., 2003.

---

**JURISPRUDENCIA**

Fallo del Tribunal de Alzada (OLG) de Bamberg de fecha 15.4.1980, publicado en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1980, 687.

Fallo del Tribunal Supremo en lo civil (BGH) de fecha 31 de marzo de 1982, publicado en *Neue Juristische Wochenschrift* 1982, 2063.