

Facultad de Derecho
Universidad Adolfo Ibáñez

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL VII

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
VIÑA DEL MAR, 2011

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
(COORDINADOR)

FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. AUTONOMÍA
DE LA VOLUNTAD Y PROTECCIÓN AL MÁS DÉBIL

Cristián Lepin Molina*

INTRODUCCIÓN

La mayoría de los trabajos que abordan el tema de la compensación económica se refieren a sus principales aspectos dogmáticos, como sus fundamentos y naturaleza jurídica, por lo que en este trabajo hemos decidido analizar las formas de pago del derecho a compensación, centrandó nuestro estudio en los artículos 65 y 66 de la ley N° 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil.¹

En primer lugar, vamos a estudiar algunos aspectos generales referente a las formas de pago, como por ejemplo el orden de prelación establecido por el legislador en los artículos 65 y 66 NLMC y las cargas impuestas en la ley, al juez, para proteger al cónyuge más débil. En segundo lugar, revisaremos las diversas formas de pago en particular, ya sea considerada como una prestación única pagadera de una vez, el pago en número determinado de cuotas, la constitución de derechos reales y, por último, el pago a través del traspaso de fondos previsionales.

Estimamos que los acuerdos de las partes, regulados por el artículo 63 NLMC, consagran el marco de autonomía privada, en materia de compensación económica, permitiendo a los cónyuges celebrar cualquier tipo de pacto, cumpliendo con las formalidades exigidas, a saber: que se trate de cónyuges mayores de edad, debe constar el acuerdo en escritura pública o acta de avenimiento, y la respectiva aprobación del tribunal.

En este sentido, los cónyuges no tienen limitaciones en cuanto a determinar la procedencia ni la forma de pago y, en consecuencia, las limitaciones establecidas en los artículos 64 a 66 NLMC, están establecidas exclusivamente para el

* Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile y Universidad Central. Doctorando en Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires, Magister en Derecho por la Universidad de Chile. Correo electrónico: clepin@derecho.uchile.cl.

¹ En adelante NLMC.

juez. De esta forma, las partes podrán pactar una renta vitalicia, y ese acuerdo es plenamente válido, ya que aun cuando se trate de una cuantía indeterminada, dicha limitación sólo afecta al juez, según prescribe el artículo 64 NLMC.

1. Aspectos generales. Orden de prelación

La NLMC reserva, en primer lugar, la posibilidad de regular la compensación económica a las partes, y, en subsidio, es decir, “a falta de acuerdo”, será el juez quien regule su procedencia y fije “su monto” (art. 64 NLMC). Esto último nos lleva a concluir que al igual como ocurre en Francia el pago debe realizarse en una sola cuota, o más bien, en una prestación única, pagadera de una sola vez.²

La regla general, sin embargo, ha sido el pago en cuotas, aunque sin realizar referencia a la fundamentación que permita la aplicación de esta modalidad.

Esta situación se discutió durante la tramitación de la NLMC, prevaleciendo en el debate legislativo la idea de terminar con el conflicto entre los cónyuges, por lo menos en el plano económico, al fijar una suma única que no admite revisión posterior, con lo que se evita la presentación de demandas de rebaja o aumento de la cantidad regulada por el juez a título de compensación económica.³

Es decir, la regla general que debe utilizar el juez es el pago en una prestación única, y excepcionalmente (en términos teóricos, ya que, en la práctica, es lo más usual), en un número reducido de cuotas, expresadas en una unidad reajutable, respecto de las cuales, además el legislador establece la carga al juez de fijar seguridades para su pago. De no ser posible aplicar el pago de la forma señalada precedentemente, se podrá concretar a través de la entrega de acciones u otros bienes, o constituir derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del deudor (art. 65 NLMC).

Sólo en el evento que no sea posible la solución mediante las alternativas anteriores, dado que el deudor no tiene la capacidad económica para regular el pago de esa forma, el juez podrá establecer un monto prudente, el que “podrá” dividir en cuantas cuotas fuere necesario, considerando al efecto, la capacidad

² Así por ejemplo, el artículo 273 del Código Civil francés señala que “*La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado*”. De igual forma PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Ed. LegalPublishing, agosto, 2009, p. 99, y VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, *Revista Actualidad Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, 13, Santiago, Chile, 2006, p. 185.

³ Boletín del Senado N° 1.759-18 “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado”, pp. 587 a 605. En similar sentido, DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Seminario del Colegio de Abogados, Santiago, Chile, 2005, p. 5 y PIZARRO y VIDAL, cit. (n. 2), p. 97.

económica del cónyuge deudor, y expresará el valor de cada cuota en una unidad reajutable.

La cuota respectiva se considerará alimentos para efectos de su cumplimiento, a menos que se ofrezcan otras garantías para ello (art. 66 NLMC). La asimilación habilitaría para aplicar los apremios de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, al no tener naturaleza alimenticia la obligación, no se puede aplicar el arresto.⁴

Evidentemente, al revisar la mayoría de las sentencias no queda claro si el pago establecido en cuotas se debe a la aplicación del artículo 65 o del artículo 66, ambos de la NLMC, ya que no existe referencia que fundamente la aplicación de dicha modalidad, y porque la regla general es que la sentencia sólo determine el monto de la prestación, sin establecer seguridades para el pago de las cuotas.

La situación descrita es la que justifica la revisión de las normas en comento, dado que al no cumplir con lo preceptuado en las normas señaladas, en lo sucesivo se van a generar serias dificultades al momento de solicitar el cumplimiento, o específicamente al tiempo de la aplicación de apremios, ya que la asimilación que establece el legislador de las cuotas a los alimentos sólo procede en el caso del artículo 66 y no en los casos del artículo 65. Situación ésta que obviamente el legislador pretende evitar al señalar que el juez “fijará” seguridades para su pago.

Todas las formas o modalidades de pago establecidas en la NLMC deben entenderse en el sentido de procurar poner término al conflicto económico entre los cónyuges y, por otro lado, procurar proteger los intereses del cónyuge más débil, lo que queda de manifiesto por la carga impuesta al juez de fijar cuotas en una unidad reajutable y establecer seguridades para el pago, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º, en el sentido de que las materias reguladas por la NLMC deberán ser resueltas cuidando proteger siempre al cónyuge más débil.

En ese sentido, se ha señalado que “el legislador no protege directamente al derecho, sino que asigna al juez de familia la tarea de dotarlo de una protección, según sean las particulares circunstancias del caso, y que se concreta en la forma de pago de la obligación correlativa de la compensación, que debe ajustarse al marco legal de los artículos 65 y 66 de la LMC”.⁵

Otra modalidad de pago es la regulada en el artículo 80 de la Ley N° 20.255 que establece la Reforma Previsional, y que permite al juez ordenar el traspaso

⁴ Así, lo ha resuelto recientemente la CA Temuco, en sentencia de fecha 26 de julio de 2011, en la causa Rol 683-2011.

⁵ PIZARRO y VIDAL, cit. (n. 2), p. 95.

de los fondos de la cuenta de capitalización individual del cónyuge deudor a la cuenta del cónyuge beneficiario.

Sin perjuicio de la enumeración precedente, estimamos que el juez puede establecer otras modalidades de pago (no es una enumeración taxativa), una vez que se verifique la imposibilidad de aplicar alguna de las modalidades anteriores, y que dicha aplicación se fundamente en la protección del cónyuge más débil. En este sentido, el artículo 65 NLMC señala “el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades”, y el citado artículo 80 de la ley N° 20.255, regula otra modalidad.

En conclusión, la ley establece una especie de orden de prelación para determinar la forma de pago siempre que sea decretada por el juez, siendo la regla general la prestación única pagadera de una sola vez y, en subsidio, si no es posible regularlo de esa forma, se podrá establecer la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes o la constitución de derechos reales de goce sobre bienes de propiedad del deudor y, sólo en caso de insolvencia, fijar el número de cuotas necesario. De no ser posible aplicar las modalidades anteriores, como ya se señaló, puede el juez establecer otra modalidad de pago. Creemos, además, que en todos los casos señalados se podrá también ordenar el traspaso de fondos de pensiones, de acuerdo al artículo 80 de la ley N° 20.255, en forma conjunta o subsidiaria.

Este orden de prelación se sustenta en la finalidad establecida por el legislador, en el sentido de que se pague en un solo acto, a fin de evitar posteriores conflictos patrimoniales entre los ex cónyuges, y de la protección al cónyuge más débil, norma orientadora para el juez, quedando obligado por las exigencias o cargas que le imponen los artículos 65 y 66.

2. Formas de pago en particular

2.1. En una sola “cuota” o cantidad única pagadera de contado

Es la regla general señalada por nuestro legislador, como ya se ha expresado, con la finalidad de poner término al conflicto conyugal, y eliminado la posibilidad de nuevos juicios con solicitudes de aumento, de rebaja o de cese de la prestación.

Así lo ha expresado Álvaro Vidal, que sostiene que “la finalidad perseguida por la LMC, así fluye de la historia de su establecimiento, es que el conflicto entre los cónyuges en lo patrimonial se resuelva de una sola vez, o en el menor tiempo posible, lo que se ve reflejado en el marco legal sobre la forma de entrega que pasa desde la consignación de un monto o de una pensión compensatoria por un plazo máximo de cinco años (artículo 38 de la indicación del Presidente

de la República) a una suma única que puede dividirse en cuotas siempre que el deudor ofrezca seguridades para el cumplimiento suficientes (actual artículo 65 de la LMC)”.⁶

Continúa el mismo autor señalando que “se quiere evitar la perpetuación del conflicto entre los cónyuges o que con ocasión del pago de la compensación surjan otros que pudieran afectar el interés de los hijos comunes. Tal objetivo se alcanza idealmente mediante la entrega de una suma alzada, única, global e inmodificable, pagadera de contado o, cuando mucho, dividida en un reducido número de cuotas”⁷.

En similar sentido, Carmen Domínguez señala que “la firme intención del legislador es querer concentrar la determinación de la cuestión económica en un solo momento. Por lo mismo, razona sobre la idea que el monto de la compensación debe ser fijado en la sentencia y en una suma única y total que no admite revisión futura. Esto resulta ostensible de su regulación, pero también de la historia fidedigna en el Senado, de cuyo debate puede obtenerse que el esfuerzo permanente de quienes más intervinieron en él fue evitar que las cuestiones económicas dieran lugar a conflictos permanentes entre los ex cónyuges. Incluso se llegó a fundar esta forma de fijación de la compensación en que las personas de menores recursos “también tienen derecho a reconstruir su familia y vivir en paz” sin que deban estar obligados a tener que destinar el mayor porcentaje de su sueldo a la mantención de la familia antigua y no a sostener la familia nueva”.⁸

A la misma conclusión ha llegado nuestra jurisprudencia, así por ejemplo la Excelentísima Corte Suprema en sentencia 20 de diciembre de 2006, causa Rol 3495-2006 que expresa “que, como regla general, la compensación será pagada de una sola vez y, por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas. Por consiguiente, no puede sino concluirse que aun cuando la legislación entrega amplia libertad al juez para fijar la forma de pago de la compensación, sea como capital en suma única, bajo las modalidades que establece el artículo 65 de la misma ley o en cuotas periódicas con una duración determinada, su monto siempre debe ser fijado en la sentencia y la forma de enterarlo variarán de acuerdo al mérito del proceso”. En el mismo sentido, sentencia de fecha de 29 de julio de 2009, en causa Rol 3911-2009 que señala “de relacionar los artículos 63,

⁶ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, julio 2009, p. 72.

⁷ VIDAL, cit. (n. 6), p. 73.

⁸ DOMÍNGUEZ cit. (n. 3), pp. 5 y 6.

64, 65 y 66 de la ley N° 19.947, se infiere que el legislador ordena pagar un monto determinado invariable en el tiempo, cualesquiera sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados –deudor o acreedor– posteriores a la sentencia que la regula”. Y también, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de fecha 24 de febrero de 2009, en causa Rol 1707-2008, que expresa “la compensación económica será pagada de una sola vez, y, por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas (sentencia citada). Atendido la situación patrimonial del demandado y la facultad concedida en el artículo 66 recién citado, se mantendrá el pago en cuotas determinado por la sentenciadora de primer grado”.

2.2. *En un número reducido de cuotas. Caso del artículo 65 NLMC*

En el caso del pago en cuotas, la regla general será el menor número de ellas⁹, atendida la finalidad del legislador, y además, se faculta al juez para fijar cualquier forma de reajuste, la experiencia en los tribunales de familia en materia de pensiones alimenticias considera el alza que experimente el Índice de Precios al Consumidor (IPC), que fija el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), o un porcentaje del ingreso mínimo remuneracional (que se reajusta por ley una vez al año), o también expresar el monto en unidades de fomento (UF) o unidades tributarias mensuales (UTM).¹⁰ Lo esencial es que el dinero mantenga su valor y, por tanto, el mismo poder adquisitivo.

Lo trascendente es la carga que el legislador impone al juez de fijar seguridades para su pago, lo que se materializa, tratándose de la protección del cónyuge más débil, en establecer cauciones reales o personales. Lo natural será una hipoteca o una prenda en términos similares a los del artículo 10 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.¹¹

⁹ Así, en el derecho francés, se limita el pago en cuotas a un período de 8 años, como se desprende del inciso 1° del artículo 275, que señala que “cuando el deudor no tuviera capacidad de pagar el capital en las condiciones previstas en el artículo 274, el Juez fijará las modalidades de pago del capital, con el límite de ocho años, bajo forma de pagos periódicos indizados conforme a las reglas aplicables a las pensiones alimenticias”.

¹⁰ LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2010, p. 145.

¹¹ Artículo 10, ley N° 14.908: El juez podrá también ordenar que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación alimenticia con una hipoteca o prenda sobre bienes del alimentante o con otra forma de caución.

Lo ordenará especialmente si hubiere motivo fundado para estimar que el alimentante se ausentará del país. Mientras no rinda la caución ordenada, que deberá considerar el período estimado de ausencia, el juez decretará el arraigo del alimentante, el que quedará sin efecto por la constitución de la caución,

Como ocurre en la legislación francesa, que permite que el pago en capital o cuotas quede a resguardo mediante el establecimiento de una garantía como la constitución de una hipoteca, prenda, fianza u otro contrato.¹²

Según Vidal, “la expresión ‘seguridades para el pago’ que emplea el legislador, comprende no sólo las garantías y cauciones. constitutivas de mecanismos de protección del derecho de crédito al ensanchar el derecho de garantía general del acreedor –sino todos aquellos mecanismos o medidas que den certeza al acreedor del pago, evitando o previniendo, o el incumplimiento, o la insatisfacción definitiva del crédito. Así, constituyen seguridades para el pago, todas las cauciones –personales o reales–; cualquiera modalidad de garantías bancarias, los seguros de responsabilidad, las cláusulas de aceleración, una prohibición de enajenar, la retención judicial o descuento de un porcentaje de remuneraciones por parte del empleador. Tan amplia es la noción de seguridades para el pago que pudiere entenderse incluida en ella la modalidad especial que prevé la ley N° 20.255 que contempla el traspaso de fondos de capitalización obligatoria hasta el límite del 50 % existente del cónyuge deudor, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio”.¹³

Nos parece que la cláusula de aceleración, si bien constituye una garantía, en la práctica, si el deudor no paga una cuota, será más difícil que pague el total. No obstante ello, reconocemos el carácter persuasivo de dicha cláusula.

Con respecto al traspaso de fondos provisionales, se trata éste más bien de otra modalidad de pago, y no de una seguridad para el pago, ya que lo que opera es el traspaso de una cuenta de capitalización individual a otra, y en ningún caso se transforma en una garantía. Recordemos que opera el traspaso de fondos, los que quedarán disponibles para el beneficiario, sólo cuando tenga la edad necesaria de acuerdo a la normativa del sistema de pensiones de las AFP.

Continuación nota ¹¹

debiendo el juez comunicar este hecho de inmediato a la misma autoridad policial a quien impartió el orden, sin más trámite.

¹² Artículo 274 Código Civil francés: “El Juez decidirá las modalidades según las cuales se ejecutará la prestación compensatoria entre las formas siguientes:

1° Pago de una cantidad de dinero, pudiendo quedar subordinado el pronunciamiento del divorcio a la constitución de las garantías previstas en el artículo 277.

2° Atribución de bienes en propiedad, o de un derecho temporal o vitalicio de uso, de vivienda o de usufructo, actuando la sentencia como una cesión forzosa a favor del acreedor. Sin embargo, se exigirá el acuerdo del cónyuge deudor para la atribución en propiedad de bienes que él haya recibido por herencia o donación”.

Artículo 277 Código Civil francés: “Independientemente de la hipoteca legal o judicial, el Juez podrá imponer al esposo deudor que constituya una prenda, que preste fianza o que suscriba un contrato garantizando el pago de la renta o del capital”.

¹³ VIDAL, cit. (n. 6), pp. 79 y 80.

2.3. Entrega de bienes determinados. Dación en pago

El mismo artículo 65 NLMC permite al juez fijar como forma de pago la entrega de acciones u otros bienes de propiedad del deudor, operando la transferencia del dominio del deudor al acreedor (beneficiario de la compensación). Se trata, en definitiva, de una dación en pago de especies determinadas o acciones.

Resulta interesante lo planteado por Vidal, en el sentido que existe una laguna legal en esta materia al no prever la posibilidad de evicción posterior de la especie o acciones dadas y menos que no dé una respuesta acerca de la suerte que correrá el derecho una vez producida la evicción. De igual forma, es interesante la solución propuesta en orden a aplicar por analogía el artículo 1792-22 del Código Civil, que en el régimen de participación en los gananciales dispone que de producirse la evicción de la cosa dada en pago por el crédito de participación, renace el crédito¹⁴. Más bien sería importante incorporar una norma similar en futuras modificaciones a la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

En la práctica es usual que se pague a título de compensación al cónyuge beneficiario, mediante la transferencia de bienes determinados de propiedad del deudor, normalmente la vivienda familiar u otro bien raíz, o también un porcentaje de ella, como es el caso de los bienes de propiedad de la sociedad conyugal (que al término del matrimonio se dividirá en partes iguales entre los cónyuges).

Especial cuidado se debe tener con las propiedades adquiridas a través de un mutuo hipotecario, ya que además de las dificultades propias de la novación por cambio de deudor (si el beneficiario es la mujer, difícilmente va a tener medios para asumir el crédito), puede suceder que el deudor se obligue a continuar pagando la deuda, lo que de no suceder, va a generar el problema de los apremios, máxime si el pago consiste en la transferencia del bien, y no un número determinado de cuotas en los términos de los artículos 65 y 66.

De igual manera, resulta importante tomar los resguardos necesarios no sólo con respecto a la cosa dada en pago, sino también, con respecto a la cosa que pueda servir de garantía. Por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre una propiedad ya hipotecada, ya que puede ocurrir que sea esta última la que se deba enajenar por la acción de los acreedores del deudor.

2.4. Constitución de derechos reales a favor del cónyuge beneficiario

Con lo señalado, observamos que otra modalidad de pago, expresamente regulada, se refiere al pago de la prestación mediante la constitución de derechos

¹⁴ *Ibid.*, pp. 88 y 89.

reales de goce, que habilita para constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes de propiedad del deudor.

Sin lugar a dudas, esta modalidad de pago puede acrecentar la confusión existente sobre la naturaleza jurídica del derecho a compensación económica, en especial si se considera que tanto los derechos de usufructo, uso o habitación procuran a una persona un sustentamiento¹⁵.

Así también lo han entendido Pizarro y Vidal, que señalan que “esta forma de pago no se condice mucho con la naturaleza jurídica puesto que la aproxima más a la idea de los alimentos debidos por ley”¹⁶.

Independiente de lo razonable de la crítica, esta modalidad de pago no es algo excepcional, ya que existe en otras legislaciones, principalmente en las que sirvieron de referente a nuestro legislador, es decir, Francia y España.

En el Código Civil francés, el artículo 274 faculta al juez para fijar la modalidad de pago de la prestación compensatoria, ya sea mediante el pago de una cantidad de dinero o mediante la atribución en propiedad de bienes o la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, de carácter temporal o vitalicio.¹⁷

En España, el artículo 97 del Código Civil señala que la compensación podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única. No obstante, permite en el artículo 99 del mismo Código, la sustitución de la pensión fijada judicialmente mediante la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

Esta situación plantea además el eventual vínculo que se puede generar con derechos ya existentes a otros títulos como son los derechos de usufructo, uso o habitación constituidos en una causa de alimentos (art. 9º inciso 2º Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias) o en la declaración de un bien familiar (art. 147 Código Civil).

¹⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de los Derechos Reales*, t. II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 5ª ed., p. 126.

¹⁶ PIZARRO y VIDAL, cit. (n. 2), p. 101.

¹⁷ Código Civil francés artículo 274: “El Juez decidirá las modalidades según las cuales se ejecutará la prestación compensatoria entre las formas siguientes:

1º Pago de una cantidad de dinero, pudiendo quedar subordinado el pronunciamiento del divorcio a la constitución de las garantías previstas en el artículo 277.

2º Atribución de bienes en propiedad, o de un derecho temporal o vitalicio de uso, de vivienda o de usufructo, actuando la sentencia como una cesión forzosa a favor del acreedor. Sin embargo se exigirá el acuerdo del cónyuge deudor para la atribución en propiedad de bienes que él haya recibido por herencia o donación”.

Evidentemente, el paso o tránsito de un derecho a otro, es decir, de alimentos o bien familiar a compensación económica, reforzaría los problemas concernientes a la naturaleza jurídica.¹⁸

Se debe considerar que el artículo 60 NLMC pone término a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial entre los cónyuges, cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio. Por lo que dicho efecto extintivo de este conjunto de derechos pone fin a los derechos de alimentos y a la declaración de bien familiar. Aunque en este último caso existe discrepancia entre los distintos autores y también en la jurisprudencia.

En la práctica, se debe alzar el derecho real constituido a título de alimentos o de bien familiar, para luego constituir el derecho de usufructo, uso o habitación a título de compensación económica.

A diferencia de la regulación sobre la constitución de los derechos reales señalados en sede de alimentos o de bien familiar, el legislador fue bastante más parco, señalando solamente que el juez podrá constituir derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor.

En efecto, nada se señala sobre la forma de constitución de esos derechos, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 9.2 de la ley N° 14.908, en que señala que la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales. En sentido similar, el Código Civil en el artículo 147.3 señala que “la declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales”. Aunque en este caso, creemos conveniente aplicar la misma fórmula.

Resulta interesante mencionar lo consignado en el artículo 9° de la ley N° 14.908, ya citado, que señala que el juez puede fijar o aprobar que “se impute” total o parcialmente a un derecho de usufructo, esta alternativa es señalada por Pizarro y Vidal en el sentido que “en el caso de que el juez o las partes fijen esta forma de pago, conviene considerar la necesidad de cuantificar previamente la compensación y después imputar el derecho real al monto resultante, lo que necesariamente implica limitar su vigencia en el tiempo”¹⁹.

Así lo expresa Vodanovic, a propósito de cuantificar el usufructo, en este caso para no exceder el 50% de los ingresos del alimentante en las pensiones de alimentos, que expresa que “en el caso en que el derecho de usufructo se otorga como pensión alimenticia, debe señalarse un valor correlativo. Esto a fin de que pueda establecerse la relación con el monto de los emolumentos del deudor

¹⁸ PIZARRO y VIDAL, cit. (n. 2), p. 101.

¹⁹ *Ibid.*

alimenticio y de este modo fijar la pensión alimenticia hasta una suma que no sobrepase el cincuenta por ciento de las rentas del alimentante”.²⁰

Esta alternativa soluciona el problema de poder obtener el cumplimiento y aplicar los apremios de la ley N° 14.908, es decir, arresto, arraigo, retención de impuestos, suspensión de licencia de conducir. Sin embargo, resulta dudosa la aplicación del arresto por deudas de compensación económica que por no tener naturaleza alimenticia no quedarían amparadas por el artículo 7° del Pacto de San José de Costa Rica, como ya se ha señalado.²¹

Tampoco nuestro legislador establece una prohibición de enajenar o gravar como la establecida en el artículo 9° de ley N° 14.908, ya comentado, que agrega en lo pertinente “si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes del Conservador de Bienes Raíces. Podrá requerir estas inscripciones el propio alimentario”.

Existiendo una prohibición inscrita no se puede enajenar el bien, lo que sin duda constituye una especial protección, que permite hacer efectivo el derecho, ya que no obstante tratarse de un derecho real, el evitar actos de disposición sobre esos bienes justifica incluir una norma de este tipo en la compensación a efectos de proteger al cónyuge más débil.

Lo que va ocurrir en la práctica es que la propiedad se encuentre hipotecada, lo que en principio no impide la constitución del derecho real, aunque en contra se ha sostenido que el deudor hipotecario no puede hacer nada que vaya en detrimento de la integridad de la garantía otorgada.²²

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, el usufructo constituido con posterioridad a una hipoteca no afecta a ésta, por lo que el acreedor hipotecario sólo puede solicitar la inoponibilidad del usufructo en el momento que vea amagado su derecho. En consecuencia, si el deudor cumple su obligación no será necesario subastar la propiedad hipotecada ni remover el usufructo.²³

²⁰ VODANOVIC H., ANTONIO, *Derecho de alimentos*, Santiago, 4ª ed., Ed. LexisNexis, 2004, p. 123.

²¹ En este sentido, sentencia de fecha 26 de julio de 2011, de la Ilustrísima CA Temuco, que señala que “de acuerdo con lo dispuesto en este tratado, el rechazo de la prisión por deudas constituye un derecho humano que se ha estatuido con carácter de regla general. La excepción a la misma se refiere, precisamente, a las deudas derivadas del incumplimiento de deberes alimentarios (excepción que en cuanto tal debe ser interpretada y aplicada restrictivamente). Y, según se ha visto, la compensación económica no presenta dicho carácter. Por lo mismo, decretar el arresto en caso de incumplimiento del pago de la compensación económica importa aplicar una prisión por deuda, la que se encuentra expresamente prohibida por el Derecho internacional al que se encuentra vinculado el Estado de Chile”.

²² ALESSANDRI y SOMARRIVA, cit. (n. 15), p. 129.

²³ *Ibid.*, p. 130.

Por otra parte, nada dice la NLMC sobre las obligaciones del usufructuario de rendir caución de conservación y restitución y de confeccionar inventario solemne (art. 775 Código Civil), o en los derechos de uso o habitación de confeccionar inventario de los bienes sobre los que recae su derecho (art. 813 Código Civil). A diferencia, por cierto, de lo que ocurre en la ley N° 14.908, en que expresamente se señala que quedan exentos de las obligaciones recién mencionadas.

En este sentido, se hace necesaria una reforma legal que incluya los temas que hemos mencionado. Si bien en la actualidad se tramita un proyecto de ley que pretende reformar la NLMC, éste no incluye modificaciones sobre estos aspectos, aunque sí pretende incorporar un número tres al artículo 65 NLMC, en el sentido de lograr “la mantención de los derechos existentes del cónyuge beneficiario en los sistemas de salud del titular de quien es carga, a la fecha de la demanda”.²⁴

Queda pendiente la discusión de decretar el término de la declaración de bien familiar una vez terminado el matrimonio por sentencia de divorcio, lo que como consecuencia dejaría sin efecto los derechos reales constituidos en virtud del artículo 147 del Código Civil, ya que existe jurisprudencia en ambos sentidos.²⁵

Dicha decisión puede generar una cierta incompatibilidad con los derechos que se constituyan a título de compensación económica, tema resuelto en la ley sobre pensiones alimenticias, en el artículo 9º, ya citado, que señala que “cuando el cónyuge alimentario tenga derecho a solicitar, para sí o para sus hijos menores, la constitución de un usufructo, uso o habitación en conformidad a este artículo, no podrá pedir la que establece el artículo 147 del Código Civil respecto de los mismos bienes”.

Por último, el pago de la compensación mediante esta modalidad tiene un cierto carácter aleatorio, dado que los derechos reales de goce mencionados terminan con la muerte del beneficiario aun antes del día prefijado para su terminación (arts. 806 y 819 del Código Civil). Así, si se constituye un día y al siguiente fallece el beneficiario, la reparación del menoscabo ni siquiera sería parcial. Recordemos que en el caso de fijar una cantidad de dinero, dicho crédito pasa a los herederos del cónyuge beneficiario.

Con respecto al cónyuge beneficiario, es decir, el más débil, la única disposición que encontramos es la que protege el derecho de los acreedores que tuviere en

²⁴ Boletín 3536-18 “Segundo informe de la comisión de familia recaído en diversos proyectos de ley que modifican normas referidas a la institución del matrimonio, contenidas en la Ley de Matrimonio Civil, el Código Civil, la Ley de Registro Civil, el Código Penal y el Código Tributario”, p. 11.

²⁵ Cf. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, “El divorcio como causal de desafectación de un bien declarado familiar. Comentario a un fallo reciente”, en *Estudios de Derecho Civil V*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción 2009, Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing, 2010, pp. 383 - 390.

cualquier tiempo, lo que significa que no integran el derecho de prenda general. Quizás lo mejor sería aplicar lo dispuesto en el artículo 2466.3 del Código Civil, agregando que el usufructo constituido a título de compensación no será embargable, como ocurre con el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, o el del padre o madre sobre los bienes del hijo sujeto a patria potestad.²⁶

Por supuesto, que la principal protección va estar dada por las medidas que tome el juez, y en definitiva, por los cambios legislativos que, a nuestro juicio, amerita este tema.

Se puede decir que la constitución de derechos reales como modalidad de pago de la compensación es excepcional y que lo usual es la dación en pago del mismo bien, pero en el caso de los bienes raíces, normalmente se adquieren mediante créditos hipotecarios a varios años, lo que en cierta forma impide la posible transferencia de dichos bienes, dado que por lo general la mujer no podrá acreditar ingresos para asumir el crédito.

Por último, se establece una regla de protección de terceros acreedores similar a la del artículo 1723 del Código Civil, características de los efectos patrimoniales del matrimonio. Es decir, no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución. Por lo que dicho derecho será inoponible a los terceros, y, en consecuencia, podrá requerir la realización del inmueble y quien lo adquiera lo recibirá libre de todo gravamen.²⁷

Así, para Pizarro y Vidal, “Esta última disposición resulta relevante para el derecho real de usufructo, empero inútil e innecesaria, para el de uso o habitación, al ser inembargable según lo dispone el artículo 1618 del Código Civil”.²⁸

2.5. En caso de insolvencia del deudor. Caso del artículo 66 NLMC

En caso de insolvencia del cónyuge deudor –caso del artículo 66 NLMC– y para el evento de que no sea posible aplicar alguna de las modalidades anteriores, podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable (rige lo ya señalado). En este caso aparece como un deber del juez por los términos imperativos de la norma, a diferencia del citado artículo 65 NLMC en que señala *podrá*.

Así lo ha resuelto la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de fecha 10 de febrero de 2010, en causa Rol 710-2009, que señala “que en

²⁶ DOMÍNGUEZ, cit. (n. 3), p. 25.

²⁷ PIZARRO y VIDAL, cit. (n. 2), p. 102.

²⁸ *Ibid.*

lo relativo al pago de la compensación económica en dinero que se impondrá al marido demandado reconvenional, en mérito de los antecedentes probatorios del juicio relativos a su capacidad económica, hace procedente fijar su pago en cuotas mensuales reajustables, en los términos del artículo 66 de la ley N° 19.947”.

En otras ocasiones se ha considerado la situación de salud del demandado, así por ejemplo en sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 14 de octubre de 2009, en causa Rol 180-2009, que señala “que, por otra parte, teniendo muy en cuenta la situación de salud del demandado reconvenional, según se consigna en el considerando décimo del fallo recurrido, donde aparece que padece de Diabetes Mellitus, esta Corte, en uso de las facultades que le confiere el artículo 66 de la ley N° 19.947, estima prudente dividir el monto de la compensación económica del cónyuge deudor en 28 cuotas mensuales, iguales y sucesivas”.

El artículo 66 NLMC expresa que la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, *a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago*, lo que se declarará en la sentencia. Esto es lo que constituye la garantía para el beneficiario de la compensación económica, se trata de la protección al cónyuge débil, pero se requiere que el juez lo declare en la sentencia, ya que es un régimen excepcional. Todo lo anterior es sin perjuicio de la discusión sobre los apremios personales en caso de incumplimiento.²⁹

Sin duda se trata de una situación distinta a la planteada por el artículo 65 NLMC, por lo tanto, la asimilación a los alimentos sólo procede en el caso de insolvencia, y sólo para el efecto de exigir su cumplimiento, *y siempre que no se garantice de otra forma el pago*.

Por último, es necesario aclarar que para efectos de esta disposición, entendemos por deudor insolvente a aquel que no está en condiciones de solucionar el pago de la compensación mediante el pago de contado o en un número reducido de cuotas y que no tiene otros bienes para proceder al pago o para constituir derechos reales, en definitiva es aquel que no puede pagar mediante alguna de las fórmulas del artículo 65 NLMC.

2.6. Traspaso de fondos previsionales

En esta materia, el legislador ha mostrado gran preocupación, tanto es así que la ley N° 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008, que establece la Reforma Previsional, dedica dos artículos a la compensación económica en los casos de

²⁹ Cf. LEPIN, cit. (n. 10), pp. 148 y 149.

divorcio o nulidad de matrimonio.³⁰ Dichas disposiciones entraron en vigencia el primero de octubre de 2008, y se aplicarán a los juicios de divorcio o nulidad que se inicien con posterioridad a dicha fecha.³¹

No se trata de una compensación distinta, sino, tal como lo señala el artículo 80, ya citado, considera la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62, es decir, permite al juez cuantificar o mensurar el daño previsional, lo que de ningún modo restringe la compensación sólo a los fondos que se puedan traspasar. Es decir, la demandante podrá solicitar el traspaso de hasta el 50% de los fondos y una suma determinada de dinero, en forma conjunta o una en subsidio de la otra.

La reforma faculta al juez para ordenar el traspaso de fondos (se entiende en propiedad) desde la cuenta de capitalización individual del cónyuge deudor a la del cónyuge acreedor, y si éste no posee una, se ordenará que se proceda a abrir una al efecto.

Señalamos que se trata de una facultad del juez, pues la redacción del precepto utiliza el término “podrá” ordenar el traspaso de fondos. Además, exige que se acredite un menoscabo, a lo menos parcial, y que se aprecie en el marco de la situación en materia de beneficios previsionales.

En este sentido resulta dudoso el acuerdo de las partes en esta materia, toda vez que por regla general estos fondos de pensiones son indisponibles para las partes, y el precepto no lo autoriza.

El límite está establecido en el 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del deudor durante el matrimonio.

³⁰ Ley N° 20.255, artículo 80: “Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto.

Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio”.

Ley N° 20.255, artículo 81: “La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos adicionales.

La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requirieran y demás aspectos administrativos que procedan”.

³¹ Ley N° 20.255, artículo vigésimo quinto transitorio: “Las normas contenidas en el Párrafo 2° del Título III entrarán en vigencia el primer día del séptimo mes siguiente al de su publicación en el Diario Oficial y sólo serán aplicables en los juicios de nulidad o divorcio que se inicien con posterioridad a dicha fecha”.

Es menester considerar que dichas normas se aplican sólo a quienes se encuentran en el sistema de fondos de pensiones (AFP), y no a quienes cotizan en el Instituto de Normalización Previsional (INP), o en las Cajas de Previsión de las Fuerzas Armadas. Esta situación no corresponde a una discriminación, ya que, como lo señalamos en otra publicación, en estos últimos casos no se puede aplicar, dado que la reforma sólo se refiere a las personas que se encuentran en el sistema de AFP, que es de capitalización individual y, por lo tanto, es factible determinar el monto y proceder al traspaso, en cambio en los otros sistemas solidarios de pensiones, los afiliados no disponen de sus fondos sino hasta el momento de su jubilación.

Ahora, nada impide que se decrete como forma de pago la retención de un porcentaje de la pensión que el cónyuge deudor reciba.

El beneficio deberá solicitarse en la demanda, a efecto que las partes aporten durante el juicio la información necesaria, para que el juez pueda ordenar el traspaso de dichos recursos, los que van en definitiva a quedar a disposición del cónyuge beneficiario en la época de su jubilación.

Por último, el organismo que debe informar al tribunal, proporcionar informes técnicos generales y específicos, y reglamentar el procedimiento administrativo aplicable al traspaso, es la Superintendencia de Pensiones (por lo que se deberá oficiar al efecto).

CONCLUSIONES

1. El principio de protección del cónyuge más débil es una norma orientadora para el juez en los juicios sobre ruptura matrimonial, que busca darle protección desde el punto de vista económico, y que habilita al juzgador para darle contenido en cada caso concreto que se someta a su conocimiento, principalmente a través del establecimiento de seguridades para el pago y al determinar el monto en una unidad reajutable.

2. La regla general, con respecto al pago es que debe el juez regular el pago en una prestación única, y excepcionalmente, en un número reducido de cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez debe fijar seguridades para su pago, la entrega de acciones u otros bienes, o constituir derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del deudor. Operando un verdadero orden de prelación para establecer el monto.

3. A diferencia de la regulación sobre la constitución de los derechos reales regulados en sede de alimentos o de bien familiar, el legislador fue bastante más parco, señalando solamente que el juez podrá constituir derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor,

sin mencionar nada sobre la prohibición de enajenar o gravar, la posibilidad de eximir al beneficiario de la confección de inventario y que la resolución sirva de título para inscribir el derecho real o la prohibición, en su caso.