

LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POSDIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

por CRISTIÁN LEPIN MOLINA*

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Matrimonio Civil 19.947 (en adelante, NLMC), que entró en vigencia el 18/11/2004, introduce una serie de cambios trascendentales en el derecho de familia chileno, incluyendo por primera vez el divorcio con disolución de vínculo y, juntamente con ello, el derecho a compensación económica para el cónyuge que al término del matrimonio ha sufrido un menoscabo o perjuicio económico producto de no haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, producto de su dedicación a los hijos y/o al hogar común. Los términos del texto legal son los siguientes: "Art. 61.— Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa".

Gran preocupación expresaron los legisladores chilenos por la precaria situación económica en que quedaría el cónyuge más débil producto de la ruptura matrimonial. La debilidad estaría representada por el escaso poder de negociación de uno de los cónyuges, el más débil, al momento de regular las relaciones mutuas entre los cónyuges al término del matrimonio (alimentos y las materias relacionadas con el régimen patrimonial del matrimonio) y las materias relacionadas con los hijos (cuidado personal, alimentos y el régimen comunicacional)¹. La discusión

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Chile, profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, de pregrado y posgrado. Coordinador académico de la Escuela de Posgrado de la misma Universidad. Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile.

¹ En las actas de la NLMC existe registro de que la preocupación de los legisladores al regular el divorcio vincular era la situación en que quedaban la mujer y los hijos al momento del término del matrimonio. Especial interés expresaron por la desigualdad en las condiciones económicas y el poder de negociación de éstos al momento de la ruptura. Así, la diputada señorita Saa señaló durante el debate que "en el caso de la nulidad, el

se planteó en el sentido de establecer que el divorcio genera serias dificultades económicas para los cónyuges y que uno de ellos, normalmente la mujer, queda en una situación de desventaja y, en algunos casos, de precariedad económica, producto, principalmente, de haber postergado su situación personal, laboral o profesional, en pro del beneficio familiar, determinado por la dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común².

Los modelos de derecho comparado relevantes fueron la legislación española, la denominada pensión compensatoria o por desequilibrio económico³, y la legislación francesa, la llamada *prestation compensatoire*⁴. No obstante que ambas legislaciones fueron consideradas durante la tramitación de la NLMC, el derecho a la compensación económica consagrado en la ley chilena tiene sus propias particularidades y especificidades, como veremos más adelante⁵.

Las distintas legislaciones han abordado el tema de la determinación de las prestaciones originadas al término del matrimonio, considerándola, básicamente, una pensión de alimentos, como en la Argentina⁶; una prestación de naturaleza resarcitoria o reparatoria, como en Chile; y, en algunos casos, la posibilidad de optar a una pensión de alimentos o una compensación de pensiones, como en Alemania⁷.

Sin perjuicio de ello, la naturaleza jurídica de la prestación es uno de los temas más discutidos por la doctrina en casi todos los países, centrandose las posibilidades

matrimonio termina, pero las mujeres y los hijos no tienen fuerza para negociar las condiciones en que quedan. En la práctica la nulidad somete al cónyuge más débil al poder económico del otro. Esto significa que mediante el dinero, el cónyuge más fuerte podrá lograr una nulidad favorable amenazando, por ejemplo, con dejar de pagar la alimentación, la vivienda, la salud y los colegios. El resultado es que el cónyuge más débil se ve obligado a aceptar las condiciones de quien tiene el dinero". Agrega que "la realidad indica que la mayoría de los cónyuges más débiles son mujeres, porque el 65% de ellas no tiene trabajo remunerado y muchas han dedicado su vida a atender el hogar, a los hijos y al marido. Por lo tanto, no tienen asegurada por sí mismas la atención en caso de enfermedad, de invalidez o vejez, o su propia mantención, mientras que los maridos, en su mayoría, perciben una remuneración por su trabajo y financian su previsión con el dinero de la sociedad conyugal", *Boletín del Senado*, nro. 1759-18, informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 118. Similares argumentos en las ps. 285, 419 y 433, en www.bcn.cl.

² Así, INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, "Divorcio unilateral empeora la situación de la mujer", www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio (10/6/2005). Véase *Boletín*, nro. 1759-18, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, "Aspectos económicos del divorcio", ps. 1170 y ss.

³ Regulada en los arts. 97 a 101, Código Civil español.

⁴ Regulada en los arts. 270 a 285, Código Civil francés, en www.legifrance.com.

⁵ Sin embargo, el sistema establecido en la legislación chilena, principalmente en lo referente a las formas de pago, garantías y seguridades, es más similar al Código Civil francés.

⁶ Arts. 207, 209 y 217, CCiv.

⁷ Arts. 1569 y ss., para la pensión de alimentos entre los ex cónyuges, y 1587 y ss., para la compensación de pensiones del Código Civil alemán.

en la determinación de una naturaleza alimenticia, indemnizatoria, enriquecimiento sin causa o, incluso, una naturaleza sui géneris⁸.

El establecimiento de este derecho en Chile ha generado una serie de discusiones, no sólo en sus aspectos dogmáticos, como son sus fundamentos y naturaleza jurídica, sino también se ha discutido bastante sobre sus requisitos de procedencia, criterios para determinar su cuantía, las formas de determinación del derecho, las formas de pago y los apremios aplicables en caso de incumplimiento respecto del pago en cuotas⁹.

El tema se puede reducir a las dos grandes visiones sobre el derecho a compensación que tienen la doctrina y la jurisprudencia chilenas. La primera considera esta prestación con un marcado carácter asistencial, apoyada en el principio de protección al cónyuge más débil incorporado por el art. 3º, NLMC¹⁰, que pretende hacer subsistir el deber de socorro más allá de la disolución de vínculo conyugal¹¹, generando una prestación similar a una pensión de alimentos, por un tiempo determinado o, incluso, con carácter de renta vitalicia. De igual modo, puesto que lo central es la protección al cónyuge más débil, no se permite la renuncia, los requisitos de procedencia se interpretan de manera tan amplia que casi podríamos decir que el derecho se puede establecer en todos los casos de divorcio o de nulidad, y lo propio ocurre con los criterios para determinar la cuantía, las formas de pago y la oportunidad para solicitar el derecho en juicio¹².

La segunda visión considera sólo el derecho como una consecuencia o efecto de carácter patrimonial de la terminación del matrimonio, con exigencias estrictas en cuanto a la concurrencia copulativa de los requisitos de procedencia, permite la renuncia (incluso tácita), la aplicación restrictiva de la oportunidad para solicitar el de-

⁸ Cf. LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, ps. 71-94.

⁹ Así, por ejemplo, Maricruz Gómez de la Torre, Hernán Corral, David Vargas, Paulina Veloso, Carmen Domínguez, Carlos Pizarro, Ramón Domínguez, Susan Turner, Javier Barrientos.

¹⁰ El inc. 1º, art. 3º, NLMC, señala que "las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil" (el destacado nos pertenece).

¹¹ Al igual como señalaba el jurista francés Jean Carbonnier, quien "asienta el deber de alimentos posterior a la ruptura de la convivencia, en una suerte de reminiscencia de la indisolubilidad del matrimonio: una indisolubilidad patrimonial del vínculo, que deja en libertad personal, pero no financiera, al cónyuge culpable", citado por FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudio de derecho de familia*, t. II, vol. 1, Bosch, Madrid, 1982, p. 389.

¹² Así por ejemplo, CORRAL TALCIANI, Hernán, "La compensación económica en el divorcio y la nulidad de matrimonio", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, nro. 1, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil", ponencia presentada en el Seminario del Colegio de Abogados, Santiago, 13/10/2005; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil", ponencia presentada en el Seminario del Colegio de Abogados, Santiago, 20/10/2005, y GUERRERO BECAR, José, "Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial", *Revista Derecho*, vol. 21, nro. 2, Valdivia.

recho en juicio, la diferenciación de las formas de pago y, por último, la improcedencia de la aplicación de los apremios personales en los casos de incumplimiento¹³.

Lo cierto es que la protección establecida por la NLMC a favor del cónyuge más débil se materializa principalmente a través de la compensación económica, que busca reparar el menoscabo sufrido durante el matrimonio. A continuación, se analizará el estatuto establecido por el legislador chileno para la protección del cónyuge más débil al término del matrimonio, incorporando tanto la doctrina como la jurisprudencia existente hasta la fecha.

II. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

De los arts. 3° y 61, NLMC, se desprende que la compensación económica es el derecho que le asiste al cónyuge más débil al momento de la ruptura matrimonial, sea que ésta se haya producido por divorcio o por nulidad del matrimonio, para que se le compense el menoscabo económico sufrido por no haber podido desarrollar total o parcialmente una actividad remunerada como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común.

Los requisitos de procedencia son aquellos esenciales para el otorgamiento de este derecho y que, a nuestro juicio, deben concurrir en forma copulativa (no operan de pleno derecho); además y como resulta lógico, todos ellos deben acreditarse en juicio¹⁴, están establecidos en el art. 61, NLMC, y son los siguientes: 1. que se trate de un juicio de divorcio o nulidad de matrimonio, 2. existencia real y efectiva de un menoscabo económico, 3. no haber desarrollado actividad remunerada o

¹³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil", *Revista Actualidad Jurídica*, año VII, nro. 15, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007; LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación...*, cit., ps. 57-185, y PIZARRO WILSON, Carlos - VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, LegalPublishing, Santiago, 2009.

¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 26/9/2005, en rol 5895-2005, que señala que no se dará lugar a la compensación económica solicitada por la demandada toda vez que la solicitante no acreditó ninguno de los requisitos prescritos en los arts. 61 y 62, ley 19.947. En similar sentido, sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, 24/3/2008, rol 53-2008, que señala: "El cónyuge que pretende esta compensación debe solicitarla en la oportunidad procesal pertinente y acreditar en autos los presupuestos que la hacen procedente. Se trata de una acción cuyo objeto es el reconocimiento del derecho a ser resarcido por el menoscabo padecido y, la cosa pedida, la suma en que se lo cuantifica. La causa de pedir radica en la calidad de cónyuge más débil, impedido de desarrollar una actividad remunerada o limitado en razón de lo que podía o quería, por haberse dedicado al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar durante la vida marital". Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 3/4/2008, rol 1947-2007, que expresa: "Los elementos constitutivos de la compensación económica, a saber: a) que uno de los cónyuges se haya dedicado durante el matrimonio, exclusiva o preferentemente, al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común; b) que por esa dedicación —y no por otra causa— ese cónyuge no haya desarrollado una actividad remunerada o lo haya hecho en una menor medida que la que podía y quería; y c) que el divorcio o nulidad matrimonial cause a ese cónyuge un menoscabo económico".

lucrativa durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería y 4. la dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común ¹⁵.

1. Que se trate de un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio

Este derecho nace precisamente cuando termina el matrimonio, por lo que el primer requisito dice relación con la exigencia que se trate de un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio y, como consecuencia, ejecutoriada la sentencia surge el derecho del cónyuge acreedor para exigir su cumplimiento ¹⁶.

Ello se desprende del tenor literal del art. 60, NLMC: "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".

El capítulo siguiente regula el derecho a compensación económica en los arts. 61 a 66, NLMC.

La oportunidad para solicitar la compensación económica en juicio puede ser (art. 64, NLMC): en la demanda (juntamente con el divorcio o la nulidad de matrimonio), en escrito complementario o en la demanda reconvenzional. Podríamos concluir que la acción de compensación es dependiente del juicio principal de divorcio o nulidad de matrimonio y que, como consecuencia, no se puede solicitar en un juicio distinto ¹⁷. En su caso, si se rechaza la acción principal, el tribunal no debe pronunciarse sobre la compensación ¹⁸.

¹⁵ En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, 10/10/2006, que señala: "Para que el juez declare la procedencia de la compensación económica a favor de uno de los cónyuges deben presentarse copulativamente las siguientes condiciones: terminación del matrimonio por divorcio o nulidad y existencia del menoscabo económico. Si bien está acreditado con la prueba rendida que la señora durante la vida en común no pudo desempeñar con continuidad ni estabilidad una actividad remunerada por haberse dedicado al cuidado y crianza de sus hijos, no resulta acreditado que se encuentre en una situación económica desmedrada por el término del matrimonio. Dar lugar a la compensación económica solicitada por la parte recurrente, implicaría contrariar los criterios expuestos".

¹⁶ Si bien la mayoría de la doctrina nacional analiza sólo los tres requisitos restantes, así, por ejemplo, Maricruz Gómez de la Torre, Paulina Veloso, Carmen Domínguez, Carlos Pizarro, Ramón Domínguez, sólo Susan Turner lo excluye expresamente, y Javier Barrientos lo exige como condición para su procedencia, aunque sin mayor argumento.

¹⁷ Salvo un caso excepcional en la jurisprudencia chilena que ha permitido ejercer la acción en forma posterior a la declaración de nulidad de matrimonio, en sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 13/5/2010, en rol 287-2010, que en lo pertinente señala: "Que se podrá impetrar la acción de compensación económica cuando se ha decretado el divorcio o se [ha] declarado la nulidad del matrimonio; lo que no es incompatible con lo prescrito en el artículo 64 de la ley precitada".

¹⁸ Se ha planteado la posibilidad de hacer reserva de derechos para demandar en un juicio distinto, lo que por lo razonado no procede. De esta forma ha resuelto la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 2/7/2009, rol 82-2009, que señala: "En cuanto a la última, constituida por la reserva de demandar por cuerda separada las compensaciones económicas, ella no es procesalmente pertinente, desde que tales compensaciones sólo pueden pedirse

A efectos de poder exigir su cumplimiento será menester, además, que se declare el divorcio o la nulidad y que la respectiva sentencia se encuentre firme y ejecutoriada.

2. La existencia real y efectiva de un menoscabo económico¹⁹

La ley no define qué se entiende por menoscabo económico, se limita a señalar que para determinar la existencia y la cuantía se considerarán especialmente los criterios del art. 62, NLMC.

Según Álvaro Vidal, "de la historia del establecimiento de la ley, de los modelos de derecho comparado relevantes y de la opinión de los autores nacionales, aparece que es el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio para enfrentar sus vidas separadas en el futuro. El desequilibrio o disparidad de que se habla se manifiesta en que el cónyuge que se dedicó a la familia durante el matrimonio queda en un plano de desigualdad respecto del otro que desarrolló una actividad remunerada y que de no mediar la compensación empezará su vida separada un pie más atrás sin poder alcanzar un estatus económico autónomo adecuado al que tenía durante el matrimonio"²⁰.

Para Ramón Domínguez, "el menoscabo económico es una pérdida en cuanto a que no se obtuvo el beneficio económico que habría podido obtenerse si se hubiese trabajado... Se trata más bien de lo que, en la teoría del análisis económico del derecho, se denomina el costo de oportunidad, es decir, la pérdida de la oportunidad, o como dice el derecho francés en materia de indemnizaciones, la pérdida de una 'chance', es decir, la atribución de un valor económico a la posibilidad"²¹.

En cambio, para Hernán Corral lo relevante para que el juez pueda conceder el beneficio es la acreditación en el proceso de un menoscabo económico producido por el retiro del estatuto protector del matrimonio derivado del divorcio (o nulidad)²².

Si bien la mayoría de los autores muestra una fuerte influencia proveniente de la doctrina española, dado el incuestionable antecedente legislativo, creemos que la principal similitud son los criterios para determinar su monto. Por tanto, nos parece

conjuntamente con la demanda de divorcio, en un escrito complementario o en la reconversión, conforme dispone el artículo 64 de la Ley 19.947, y no por cuerda separada".

¹⁹ En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, 27/6/2007, rol 7207-2006, ha señalado que "resulta indispensable para que la compensación económica sea procedente la existencia de un menoscabo patrimonial efectivo del titular del derecho amagado toda vez que dicha compensación no puede ser una fuente de lucro".

²⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil", *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p. 258. Similares argumentos en VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La compensación económica por ruptura matrimonial", *Cuadernos de análisis jurídicos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2009, ps. 22 y ss.

²¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "La compensación...", cit., p. 87.

²² CORRAL TALCIANI, Hernán, "La compensación...", cit., p. 28. SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión compensatoria: criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 160.

que la compensación, en su configuración, es bastante diferente y específica, pues sólo se refiere al daño generado producto de no haber podido ejercer una actividad remunerada y no a cualquier tipo de desequilibrio o disparidad económica.

Se trata de reparar o resarcir el costo de oportunidad laboral, lo que en este derecho se desprende al incorporar como requisito de procedencia en el art. 61 el *no haber realizado actividad remunerada o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería*, y también de los criterios establecidos en el art. 62, ya que, a nuestro juicio, si uno de los cónyuges realizó actividad remunerada difícilmente puede acreditar un menoscabo económico.

De modo que estimamos que el menoscabo comprende cualquier daño, de carácter patrimonial o económico²³, derivado de no haber podido realizar actividad remunerada durante el matrimonio, es decir, consistente en el *costo de oportunidad laboral*²⁴.

3. No haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería²⁵

Este requisito le da una fisonomía distinta a nuestra compensación económica, ya que en el derecho comparado es sólo uno de los elementos para determinar su cuantía²⁶.

²³ La Corte de Apelaciones de Santiago, el 29/10/2007, en rol 1539-2007, ha señalado "que conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, para que proceda la compensación económica es menester que el beneficiario hubiere sufrido un menoscabo económico durante el matrimonio, al no haber podido desarrollar una actividad lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que hubiere querido y podido, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar. Su fundamento no es, pues, el de reparar el desequilibrio patrimonial que pudo haberse producido como consecuencia de la ruptura del matrimonio, ni restablecer la igualdad entre los cónyuges, sino *resarcir el daño patrimonial* que el hecho específico del cuidado de los hijos o del hogar produjo en uno de los cónyuges al impedirle desarrollar una actividad remunerada, ya sea en forma total o parcial. Cosa distinta es que la ruptura del matrimonio sea el momento en el cual deba evaluarse el referido menoscabo producido durante el matrimonio y que, a consecuencia del resarcimiento, se alcance un mayor equilibrio patrimonial entre las partes, aunque no sea ésta la causa que origina tal indemnización".

²⁴ Para Carmen Domínguez, "este coste podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero sólo por aproximación, porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener, que es distinto. Por último, no comprende una compensación a la disminución del nivel de vida que el cónyuge tenía durante el matrimonio y, por lo mismo, no persigue ponerlo en ese mismo nivel", en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "Compensación económica...", cit., p. 8.

²⁵ Se ha estimado que el hecho que una profesora no pueda realizar una jefatura de curso implica que ha trabajado en menor medida de lo que podía y quería. En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 15/9/2005, rol 10.228-2005. Criterio que no compartimos, ya que, siempre que una persona deje de percibir un beneficio o tenga una menor renta por cualquier circunstancia, podría alegar este supuesto.

²⁶ Así, por ejemplo, en el art. 97, Código Civil español, y en el art. 271, Código Civil francés. Lo propio ocurre con el requisito siguiente de la dedicación al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común.

Este requisito trata dos hipótesis distintas, en primer lugar, el juez, al determinar la procedencia de la compensación, deberá verificar si la demandante no realizó actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, de modo tal que si la demandante trabajó durante el matrimonio no procede la compensación. Y, en segundo lugar, si trabajó sólo parcialmente.

Por tanto, en la segunda hipótesis, quien alegue haber realizado un trabajo parcial o haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa en menor medida de lo que podía y quería tendrá la carga de acreditar que tenía las condiciones objetivas, dada la combinación del elemento subjetivo "quería" y del elemento objetivo "podía", del art. 61, NLMC.

Por otra parte, el legislador emplea los términos "actividad remunerada o lucrativa", por lo que no se restringe o limita a las actividades formales derivadas de un contrato de trabajo o de prestación de servicios, sino a cualquier actividad que implique la generación de recursos o medios económicos. En este sentido, se ha resuelto que el obtener ingresos o rentas de sociedades comerciales implica una actividad lucrativa²⁷.

4. Dedicación al cuidado de los hijos y/o a las labores del hogar común

Existe, al establecer este requisito, un cierto reconocimiento al trabajo realizado en el hogar, a la dedicación a la familia, al cuidado de los hijos, actividad que resulta bastante ardua y que no por el hecho que no sea remunerada es menos importante.

A nuestro juicio, la dedicación al hogar y los hijos representa un enorme esfuerzo y un gran aporte al fortalecimiento de la familia y, por ende, de la sociedad, aunque estamos conscientes de que en los tiempos que corren resulta muy difícil que uno de los cónyuges se dedique a las actividades de la casa, ya que las exigencias parecen ir en el sentido que ambos cónyuges trabajen fuera del hogar.

Es este sacrificio en pro de la familia, y la consecuente postergación personal, lo que justifica la reparación del daño, más aún si tenemos presente que los cónyuges celebran un contrato de carácter indisoluble y para toda la vida, que representa la incorporación de ciertos derechos indisponibles para las partes durante el matrimonio, como el de alimentos, derechos sucesorios y de seguridad social, que se pierden con la terminación o disolución del matrimonio.

Con respecto al cuidado de los hijos y/o del hogar común, es indiferente si en esa actividad es asistido por terceros, entiéndase servicio doméstico²⁸.

²⁷ Sentencia del Primer Juzgado de Letras de Osorno, del 16/9/2005, en rol 34.773-D, que señala en lo pertinente: "Que así las cosas, de los hechos antes asentados es posible concluir aun cuando la demandante reconvenional no haya realizado alguna actividad laboral remunerada durante la convivencia conyugal, *si desarrolló una actividad lucrativa, como es la de pertenecer a una sociedad comercial* y como consecuencia de ello percibir rentas periódicamente", confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, el 22/12/2005, rol 959-2005. El destacado nos pertenece.

²⁸ En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, el 27/4/2007, rol 3147-2006, ha señalado: "Se prueba que la demandante reconvenional se dedicó preferentemente al

También se ha resuelto que no procede la compensación económica si ambos se dedicaron durante un cierto período al cuidado de la prole, generándose en ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre sí, sin que puedan ser justificativas de alguna compensación²⁹.

Por último, es indiferente si el no desarrollar actividad remunerada por la dedicación a la familia es una decisión voluntaria o impuesta³⁰.

III. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA

El art. 62, NLMC, señala que para la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación económica se considerará, especialmente (se

cuidado de sus hijos y tareas del hogar común conforme a la prueba testimonial de fojas 35 y siguientes apreciadas conforme a la sana crítica, la que no ha sido desvirtuada por prueba en contrario, estimando que el hecho de que haya tenido una vida cómoda, auxiliada por asesora del hogar, jardinero, electricista, etc., conforme lo declarado por los testigos de la demandada reconvenional, interpretando éstos, que esta ayuda doméstica sería una prueba de que no resultó con detrimento económico a la data en que ambos cónyuges vivían juntos, razón que no resulta lógica para negar la compensación que se demanda; por el contrario, la circunstancia de que sus cuatro hijos en la actualidad sean todos profesionales, unido a los demás antecedentes que obran en autos, entre ellos vivir en un lugar donde realizaba labores agrícolas, cuidando de aves, para el sustento del hogar, hacen convicción en estos juzgadores que la demandante reconvenional sacrificó su vida personal en pro de su familia, lo que evidentemente debe ser compensando económicamente".

²⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, el 11/4/2006, rol 69-2006, señala "que si bien el razonamiento precedente insinúa la necesidad de una compensación económica en los términos del artículo 61 de la ley, para determinar su existencia también debe considerarse que a partir del año 1990 el padre ha debido obtener el sustento necesario para que los hijos puedan vivir y desarrollarse, dedicándose además al cuidado de ellos y a las labores propias del hogar, lo que sin lugar a dudas lleva a la lógica e inevitable conclusión que debido a estas múltiples funciones no ha podido desarrollarse profesionalmente para conseguir especialidades o mayores estudios que pudiesen significar un progreso en su profesión que implique un aumento de su remuneración", agrega "que en suma, dado que el padre ha debido preocuparse personalmente de las labores propias del hogar y del cuidado y educación de sus hijos, éste no está en una situación jurídica de pagar una compensación jurídica (sic) a la madre que [se] despreocupó —independiente de las causas— de la educación y formación de los hijos en período importante de sus vidas, generándose en ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre sí, sin que puedan ser justificativas de alguna compensación".

³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, en rol 977-2005, del 2/12/2005, señala "que como bien lo ha advertido el abogado recurrente, no resulta procedente negar la compensación económica solicitada teniéndose como fundamento basal lo señalado por la sentenciadora a quo, y por el propio demandado al contestar la demanda. En efecto, la atenta lectura del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, lleva a concluir, sin duda alguna, que la opción libre o voluntaria de la mujer a dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar, independientemente de las circunstancias de poder o no desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, no constituye causal legal para negar la compensación en estudio".

trata de una enumeración no taxativa), de una serie de elementos que deben ser considerados por el juez al momento de determinar la cuantía de la prestación, los que veremos a continuación.

1. La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges

Es un criterio que importa un límite temporal a la evaluación de los perjuicios que constituyen el menoscabo económico, en cuanto se podrá resarcir sólo el daño generado durante el matrimonio y ello conjugado con la duración de la convivencia.

Con el primer parámetro, no se podrían compensar los daños anteriores al matrimonio, es decir, aquellos derivados de una convivencia previa, aunque sea de larga data. Con el segundo, y en el entendido que una de las justificaciones de la compensación es el esfuerzo o sacrificio realizado durante la vida en común, podríamos concluir que no procede la reparación cuando la convivencia es mínima, máxime si no existen hijos³¹.

2. La situación patrimonial de ambos³²

Este criterio se refiere, a diferencia de la obligación alimenticia, a ambos cónyuges y debe el juez ponderar los bienes que poseen ellos y su valor. Creemos que es una manifestación del principio de equidad, en el sentido que el juez puede regular el monto, en forma proporcional dependiendo del caso concreto, y no estableciendo baremos, resultado de multiplicar los años de matrimonio o de la convivencia de los cónyuges por el ingreso mínimo, criterio propio del lucro cesante, que a nuestro juicio está completamente descartado. Se ha señalado a este respecto que el juez debe tener en cuenta los resultados de la liquidación del régimen de bienes de la sociedad conyugal o participación en los gananciales que existiere entre ellos.

Si la liquidación no ha sido hecha previamente ni es materia de la misma sentencia de divorcio, el juez debería hacer una anticipación imaginaria y aproximada de los resultados de dicha liquidación³³, para lo cual será necesario que las partes

³¹ Así lo ha entendido en España, al respecto, la Audiencia Provincial de Almería, en sentencia del 5/7/1999, ha señalado: "...La existencia de ese desequilibrio exige, desde luego, cierta permanencia en la relación marital, que implique un asentamiento de las nuevas condiciones de vida, de modo y manera que en los matrimonios de escasa duración es difícilmente sostenible la tesis del desequilibrio...", en igual sentido, la Audiencia Provincial de Lugo, el 30/11/1993, que señala: "No procede la pensión compensatoria cuando la convivencia matrimonial ha sido corta y la desafección ha surgido entre los cónyuges poco después del matrimonio". El destacado nos pertenece.

³² En Francia, según el art. 272 del su respectivo Código Civil, la determinación de la valoración del desequilibrio se realiza en función de los patrimonios de los cónyuges, tanto en capital como en renta; en cambio, en España se considera, de acuerdo con el art. 97 del respectivo Código Civil, según el caudal y los medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge.

³³ VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Algunas reflexiones sobre la compensación económica", *Revista Actualidad Jurídica*, nro. 13, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo,

hayan aportado antecedentes sobre los bienes ingresados al régimen económico matrimonial, así como las deudas³⁴.

3. La buena o mala fe

Es el único elemento subjetivo que debe ponderar el juez, no existe en el derecho comparado y fue incorporado por la indicación 180, por los honorables senadores señores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín³⁵.

En este sentido, el honorable senador señor Chadwick señaló que esta circunstancia "está relacionada con la situación de aquel cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio y después reclama la compensación económica. En la Comisión, se estimó que esa situación incluso puede ser antinatural o extraordinariamente fuerte, porque permite que alguien que da lugar al divorcio por culpa, de conformidad a las causales contempladas en la ley, además pueda exigir compensación. Sobre el particular, la Comisión prefirió encomendar al juez la ponderación de los hechos. Y a eso se aplica la buena o mala fe"³⁶.

De esta forma, no es posible sostener a través de la compensación una reparación de perjuicios de carácter moral, derivados del comportamiento del demandado, por ejemplo en los casos de divorcios culpables. En definitiva, este criterio debe ser analizado exclusivamente respecto del beneficiario de este derecho.

4. La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario

La ley ordena tomar en cuenta la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario. Nuevamente, aunque no se trate propiamente de una prestación alimenticia, es claro que aquí el juez debe incrementar la cuantía de la compensación cuando se trate de cónyuges de edad avanzada o con salud inestable o quebrantada. Se trata de compensar en parte la pérdida del derecho de alimentos a los que habría tenido derecho el beneficiario de haber perdurado el vínculo³⁷.

Aunque desde nuestro punto de vista la edad y el estado de salud se refieren a las condiciones necesarias para reincorporarse al trabajo en condiciones de mercado, en definitiva se trata de una manifestación del costo de oportunidad laboral.

5. Situación en materia de beneficios previsionales

Sin duda que este criterio se refiere al cónyuge beneficiario; constituye uno de los principales perjuicios, ocasionados por no realizar actividad remunerada.

Santiago, 2006, p. 184. Así también se ha entendido en España, ver SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión...*, cit., p. 160.

³⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, "La compensación...", cit., p. 31.

³⁵ *Boletín del Senado*, nro. 1759-18, informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, ps. 1751 y 1752.

³⁶ *Boletín del Senado*, nro. 1759-18, cit., p. 2045.

³⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, "La compensación...", cit., p. 33.

En esta materia, el legislador ha mostrado una gran preocupación, tanto es así que la ley 20.255, publicada el 17/3/2008, que establece la reforma previsional, dedica dos artículos a la compensación económica en los casos de divorcio o nulidad, los 80 y 81 (normas que se analizarán más adelante). Dichas disposiciones entraron en vigencia el 1/10/2008 y se aplicaron a los juicios de divorcio o nulidad que se iniciaron con posterioridad a dicha fecha (art. 25, ley 20.255). La reforma faculta al juez para ordenar el traspaso de fondos (se entienden, 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.

6. Cualificación profesional y las posibilidades de acceder al mercado laboral

Según Barrientos, "se trata ahora de compensar los daños producidos por el costo de oportunidad laboral. La mujer después del divorcio deberá en la mayor parte de los casos retornar al mercado laboral, pero lo hará en condiciones inferiores a las que hubiera tenido si no se hubiera casado o no se hubiera dedicado preferentemente a la casa. Éste es un perjuicio que debe ser integrado en la compensación"³⁸.

En España, ante la misma disposición, se ha expresado que "la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, circunstancias ambas en íntima relación exigen capacidades casi proféticas o adivinatorias al juez, pues, en los tiempos que corren, por muy cualificado profesionalmente que esté el acreedor de la pensión, la aleatoriedad de acceso a un empleo es más que probable"³⁹.

7. Colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge

En principio sólo se refiere a las actividades lucrativas, como por ejemplo la ayuda prestada para atender un local comercial o el trabajo como secretaria de su marido abogado. Como ha señalado Saura Alberdi, "se ha de tratar, obviamente, de empresa de la titularidad de uno solo de los esposos; que el no titular preste su colaboración con carácter gratuito y sin percibir retribución alguna por su trabajo —al menos no en concepto de sueldo, dieta, salario, etc.—. La prestación de esta ayuda, aunque ciertamente, repercuta en el bienestar de la familia, produce un irritante desequilibrio al fin de la convivencia matrimonial, con un patente enriquecimiento injusto"⁴⁰.

³⁸ BARRIENTOS GRANDON, Javier - NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, LexisNexis, Santiago, 2004, p. 427.

³⁹ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión...*, cit., p. 153.

⁴⁰ SAURA ALBERDI, Beatriz, *La pensión...*, cit., p. 155.

IV. DETERMINACIÓN DEL DERECHO A COMPENSACIÓN ECONÓMICA

En principio, la NLMC reconoce la más amplia libertad a los cónyuges para determinar la procedencia, la cuantía y la forma de pago de la compensación económica⁴¹. Así, fluye de lo dispuesto en el art. 63, NLMC⁴², que utiliza la expresión "serán convenidos por los cónyuges", y también de lo dispuesto en el art. 64, NLMC⁴³, que reitera la misma idea al señalar que "a falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación y fijar su monto".

De lo expuesto surge, como consecuencia lógica, que el legislador ha establecido un verdadero orden de prelación, siendo los primeros llamados a regular este derecho los cónyuges, que están en mejor posición que el juez para resolver sus propios asuntos, lo cual resulta coherente con la lógica que impera en los tribunales de familia, en orden a privilegiar las soluciones pacíficas y colaborativas entre las partes del conflicto familiar.

De este modo, en subsidio y sólo a falta de acuerdo, debe intervenir el juez para determinar la procedencia de la prestación compensatoria, fijar su monto y, aunque el art. 64, NLMC, no lo menciona, determinar su forma de pago, esto último en relación con lo dispuesto en el art. 65, NLMC⁴⁴, que prescribe que "en la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación".

Según se señalará, los arts. 65 y 66, NLMC, establecen un orden de prelación al que se debe ceñir el juez en la determinación de la forma de pago, al tiempo que le impone ciertas cargas tendientes a dar protección al cónyuge débil.

En el primer caso, esto es, cuando la determinación la realizan las partes, se deben cumplir los requisitos establecidos en el citado art. 63, aunque se hace

⁴¹ Cf. LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación...*, cit., p. 136.

⁴² Art. 63: "La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal".

⁴³ Art. 64: "A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto.

"Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria.

"Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvencción, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad".

⁴⁴ Art. 65: "En la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades:

"1. Entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de dinero, podrá ser entregado en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago.

"2. Constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo".

necesario distinguir si el divorcio ha sido solicitado unilateralmente —en cuyo caso habrá que distinguir, a su vez, si su causa es el cese de la convivencia o la culpa, cuestión que, de todas formas, tiene un interés más bien teórico que práctico, ya que resulta difícil imaginar un divorcio por culpa en que las partes pudieran arribar a un acuerdo en torno al monto de la compensación— o si se trata de un divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges por haber cesado su convivencia por más de un año.

Si se trata de un divorcio unilateral, rige lo anteriormente señalado, esto es, se aplica el art. 63, NLMC, conforme con el cual pueden celebrar estos acuerdos los cónyuges mayores de edad⁴⁵, debiendo dicho acuerdo constar en escritura pública o acta de avenimiento y, además, el acuerdo debe ser aprobado por el tribunal. Estos requisitos no representan mayor dificultad, aunque luego de analizar la situación del divorcio solicitado de común acuerdo retomaremos la idea relacionada con la aprobación judicial del acuerdo, específicamente en lo que refiere a las facultades del juez frente al convenio.

El otro caso —esto es, el del divorcio de común acuerdo— obliga a referirse a la determinación de la compensación económica en el acuerdo completo y suficiente, denominado por los españoles “convenio regulador”⁴⁶. El art. 55, NLMC, permite a los cónyuges solicitar de común acuerdo el divorcio, siempre que acrediten un plazo de cese de convivencia durante un lapso mayor de un año y acompañen un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y la de sus hijos.

En primer lugar, aunque la ley no lo señala, es necesario que el convenio regulador conste por escrito, a lo menos por escritura privada (incluso no existe, a nuestro juicio, inconveniente en que se incorpore en un otrosí del escrito de la demanda o solicitud de divorcio), ya que el art. 55, NLMC, señala en forma imperativa que “debe acompañarse” (la única forma es que conste por escrito), quedando en consecuencia como un requisito de la acción de divorcio de común acuerdo o, si se quiere, como una carga para las partes, ya que en la práctica los cónyuges pueden estar de acuerdo en el divorcio, pero no necesariamente lo estarán en las otras materias de familia que deben regular en el convenio.

El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el art. 21, NLMC, es decir, aquellas respecto de las relaciones mutuas entre

⁴⁵ Nada se señala con respecto a los mayores de 16 años que pueden celebrar matrimonio de acuerdo con lo prescripto por el art. 5º, NLMC, que prescribe que no podrán contraer matrimonio: “2º Los menores de 16 años. Se trata de menores adultos (art. 26, Código Civil), que de acuerdo al artículo 1447 del Código Civil, son relativamente incapaces, sujetos por regla general a la potestad de su padre o madre o sometidos a guarda. Los actos en que intervienen pueden ser ejecutados por ellos mismos con autorización de su padre, madre o curador, según el caso, o bien ser ejecutados directamente por sus representantes legales”. Cfr. DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho civil. Parte general*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 286. Se ha señalado que la incapacidad generalmente no alcanza los actos de familia y, en este caso, pueden contraer matrimonio, pero no podrían sin autorización pactar una compensación económica.

⁴⁶ Arts. 81, 86 y 90, Código Civil español.

los cónyuges, a saber: a) los alimentos que se deban⁴⁷; b) las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, es decir, la liquidación de la sociedad conyugal o la determinación del crédito de participación; esto último en el régimen de participación en los gananciales.

El art. 21, NLMC, también agrega que se debe regular respecto de los hijos: a) el cuidado personal; b) la pensión de alimentos y c) el régimen comunicacional o de relación directa y regular del padre que no tiene la custodia de los hijos.

Todo lo anterior es lo que se denomina en el derecho español⁴⁸ el contenido mínimo u obligatorio del convenio regulador, es decir, se trata de aquellas materias que se deben regular en forma obligatoria.

Como se puede apreciar, la ley no obliga a regular el derecho a compensación económica. Sin embargo, algunos podrían pensar que igualmente se debería determinar su forma y procedencia en forma obligatoria (en forma voluntaria no se ve inconveniente), atendidos los criterios de suficiencia que establece el art. 55, NLMC, que señala que se entenderá que el acuerdo es suficiente "si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo generar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita".

Respecto de lo anterior cabe tener presentes las siguientes consideraciones: en primer lugar, estos criterios deben aplicarse al contenido mínimo u obligatorio, es decir, el juez debe determinar si las materias reguladas cumplen convenientemente con el interés superior de los hijos y protege al cónyuge débil, pero no se trata de exigencias adicionales en cuanto a las materias que se deben regular. En segundo lugar, dicha norma es idéntica a la del art. 27, NLMC, que señala cuándo un acuerdo es completo y suficiente en sede de separación judicial, por lo que, de aceptar la teoría que sostiene que es suficiente cuando regula la compensación económica, implicaría la obligación de regular una compensación en la separación judicial⁴⁹, en circunstancias que la compensación no procede en estos casos.

Por último, es necesario plantear cuál es el grado de intervención del juez en los acuerdos antes señalados, esto es, si se debe limitar a homologar la voluntad de las partes, o si, en cambio, puede modificar o completar el convenio regulador.

Pues bien, como lo señalamos previamente, tratándose de un acuerdo en un juicio de divorcio que ha sido solicitado en forma unilateral, pareciera que las facultades son de simple homologación, de acuerdo con lo prescripto en el art. 63, NLMC.

⁴⁷ Debemos entender las deudas por pensiones alimentarias devengadas, ya que en virtud de lo dispuesto por el art. 60, NLMC, "el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos", en consecuencia, no se puede regular una pensión de alimentos para el ex cónyuge.

⁴⁸ Cf. AA.VV., *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, 2ª ed., Universidad de Navarra, Navarra, 1989. Y CORDERO CUTILLAS, Iciar, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Aranzandi, Navarra, 2004.

⁴⁹ Sobre el particular ver LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación...*, cit., ps. 104 y ss.

La interpretación de estos casos dependerá de la visión que cada uno tenga sobre la naturaleza de la prestación compensatoria. En este sentido, si la visión del derecho a compensación es asistencial, se refutará señalando que las facultades del juez no se limitan a la mera homologación, ya que por aplicación del principio de protección al cónyuge más débil el juez debe intervenir, incluso, modificando o complementando el acuerdo, aplicando por analogía el art. 31, NLMC⁵⁰, norma ésta que autoriza al juez en la sentencia a “subsana sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente” y, además, por aplicación del principio de actuación de oficio que inspira los procedimientos que se desarrollan ante los tribunales de familia⁵¹.

No compartimos dicho criterio, ya que resulta por lo menos dudosa la aplicación por analogía del citado art. 31, NLMC, toda vez que esta norma sólo puede aplicarse a la separación judicial. Además, existen razones que justifican la aplicación exclusiva de este precepto en esta materia, una de las cuales es la subsistencia del matrimonio.

Por otro lado, la autorización para que intervenga el juez cobra importancia cuando no se ha regulado el denominado contenido mínimo, es decir, cuando el acuerdo es incompleto, o cuando, habiéndose regulado todas las materias del art. 21, NLMC, no se atienden a los criterios de suficiencia ya descriptos.

Otro argumento en contra es la existencia de cierto consenso en que los cónyuges pueden renunciar al derecho a compensación, por lo menos en el marco del juicio de divorcio. Incluso se acepta la renuncia tácita al no ejercer el derecho en la oportunidad procesal pertinente, por lo que si un cónyuge —el supuesto “débil”— puede renunciar al derecho, puede por tanto regular la prestación en los términos que estime pertinente, como argumento *a fortiori* “quien puede lo más, puede lo menos”.

Finalmente, por una razón de orden práctico, si el juez no ha recibido prueba sobre la compensación, si no dispone de ningún antecedente: ¿cómo puede ponderar quién es el más débil?, ¿cómo puede analizar si el acuerdo protege

⁵⁰ Art. 31: “Al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.

“El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsana sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

“En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto”.

⁵¹ Cf. VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nro. 12, julio 2009, p. 71; CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación...”, cit., p. 37; y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA, Anastasía - CORRAL TALCIANI, Hernán (eds.), *Matrimonio civil y divorcio, análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley 19.947*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2005, p. 100.

suficientemente al más débil?, ¿cómo podría estar en condiciones de establecer garantías o seguridades para el pago de las cuotas?

Como conclusión preliminar, las facultades del juez para modificar o subsanar las deficiencias de los acuerdos sobre compensación económica son más restringidas y se reducen a aprobar o rechazar el acuerdo sin poder alterar su contenido.

V. FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

A continuación revisaremos las distintas formas de pago de la compensación, establecidas por la NLMC, consignando algunos aspectos generales, para luego analizar cada una de las formas propuestas por el legislador.

1. Aspectos generales. Orden de prelación

Como lo hemos señalado, la ley 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". 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 o de una sola vez⁵². Normalmente, se estipulará que el pago se haga mediante una suma de dinero, la que podrá ser enterada en una o varias cuotas.

Esta situación se discutió durante la tramitación de la ley 19.947, 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 económica⁵³.

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 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 (art. 65, NLMC).

Sólo en el evento que no sea posible aplicar una de las modalidades anteriores, dado que el deudor no tiene la capacidad económica para solucionar de esa forma su monto, el juez "podrá" dividir el monto en cuantas cuotas fuere necesario, considerando al efecto la capacidad económica del cónyuge deudor, y expresará el valor de cada cuota en una unidad reajutable. La cuota respectiva se conside-

⁵² Así por ejemplo, el art. 273, Código Civil francés, señala que "la prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado", *www.legifrance.gouv.fr* (8/7/2012). De igual forma, PIZARRO WILSON, Carlos - VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación...*, cit., p. 99, y VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Algunas reflexiones...", cit., p. 185.

⁵³ *Boletín del Senado*, nro. 1759-18, cit., ps. 587 a 605. En similar sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "La compensación...", cit., p. 5, y PIZARRO WILSON, Carlos - VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación...*, cit., p. 97.

rará alimentos para efectos de su cumplimiento, a menos que se ofrezcan otras garantías para ello (art. 66, NLMC).

Al revisar la jurisprudencia no queda claro si el pago en cuotas se debe a la aplicación del art. 65 o del art. 66, NLMC, ya que no existe referencia que fundamente la aplicación de dicha modalidad y porque tampoco se establecen seguridades para el pago de las cuotas.

La situación descrita es la que justifica la revisión de las normas en comento, pues al no cumplir con lo establecido en ellas se van a generar serias dificultades al momento de solicitar el cumplimiento o, específicamente, al solicitar la aplicación de apremios, ya que la asimilación que establece el legislador de las cuotas a los alimentos sólo procede en el caso del art. 66 y no en los casos del art. 65. Situación 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 art. 3º, que establece que las materias reguladas por la NLMC deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del 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 Ley de Matrimonio Civil"⁵⁴.

Otra modalidad de pago es la regulada en el art. 80, ley 20.255, que establece la reforma previsional y que permite al juez ordenar el traspaso 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, pues no hay 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 art. 65, NLMC, señala que "el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades", y el citado art. 80, ley 20.255, regula otra modalidad de pago de la compensación.

En conclusión, la ley establece un 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 necesarias. De

⁵⁴ PIZARRO WILSON, Carlos - VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación...*, cit., p. 95.

no ser posible aplicar las modalidades anteriores, puede el juez establecer otra modalidad de pago. Consideramos, además, que en todos los casos señalados se podrá también ordenar el traspaso de fondos de pensiones, de acuerdo con el art. 80, ley 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 arts. 65 y 66.

2. Formas de pago en particular

a) *En una sola "cuota" o cantidad única pagadera de contado*

Es la regla general señalada por nuestro legislador⁵⁵, como ya se ha señalado, con la finalidad de poner término al conflicto conyugal y eliminando 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 Ley de Matrimonio Civil, 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 suficiente (actual artículo 65 de la Ley de Matrimonio Civil)"⁵⁶.

⁵⁵ A la misma conclusión ha llegado nuestra jurisprudencia; así, por ejemplo, la Excelentísima Corte Suprema en la sentencia del 20/12/2006, rol 3495-2006, 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, la sentencia del 29/7/2009, en rol 3911-2009 señala que "de relacionar los artículos 63, 64, 65 y 66 de la Ley 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 la sentencia del 24/2/2009, en rol 1707-2008, expresa que "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). Atendida 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".

⁵⁶ VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Formas de pago...", cit., p. 72.

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"⁵⁷.

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 se puede colegir que el esfuerzo permanente de quienes más intervinieron 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"⁵⁸.

b) En un número reducido de cuotas. Caso del art. 65, NLMC

En el caso del pago en cuotas, la regla general será el menor número de ellas⁵⁹, 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 que fija el Instituto Nacional de Estadísticas 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 o unidades tributarias mensuales⁶⁰. 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 art. 10, ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias⁶¹, de propiedad del cónyuge o de un tercero.

⁵⁷ VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Formas de pago...", cit., p. 73.

⁵⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "La compensación...", cit., ps. 5 y 6.

⁵⁹ Así, en el derecho francés, se limita el pago en cuotas a un período de 8 años, como se desprende del inc. 1°, art. 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".

⁶⁰ LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación...*, cit., p. 145.

⁶¹ Art. 10, ley 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."

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 contrato⁶².

Según Vidal, la expresión "seguridades para el pago" que emplea el legislador, comprende no sólo las garantías y las 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 el incumplimiento o la insatisfacción definitiva del crédito. De esta forma, constituyen seguridades para el pago, todas las cauciones —personales o reales—, cualquier modalidad de garantías bancarias, los seguros de responsabilidad, las cláusulas de aceleración, la prohibición de enajenar, la retención judicial o el 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 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 matrimonio⁶³.

c) Entrega de bienes determinados. Dación en pago

El citado art. 65 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.

Así, Vidal ha planteado que existe una laguna legal en esta materia, al no prever la posibilidad de evicción posterior de la especie o acciones dadas, ni menos que se dé una respuesta acerca de la suerte que correrá el derecho una vez producida la evicción. De igual forma, resulta interesante la solución propuesta en orden a aplicar por analogía el art. 1792-22, Código Civil, que en el régimen de participa-

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

⁶² Art. 274, Código Civil francés: "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".

Art. 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".

⁶³ VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Formas de pago...", cit., ps. 79 y 80.

ción en los gananciales dispone que, de producirse la evicción de la cosa dada en pago por el crédito de participación, renace el crédito⁶⁴. Más bien sería interesante incorporar una norma similar en futuras modificaciones a la NLMC.

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.

d) Constitución de derechos reales a favor del cónyuge beneficiario

Conforme lo expuesto, podemos observar que la modalidad de pago mediante la constitución de derechos reales de goce se refiere a los 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 sustentamiento⁶⁵.

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"⁶⁶.

Independiente de lo razonable de la crítica formulada, 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.

El Código Civil francés, en el art. 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 vitalicio⁶⁷.

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

⁶⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Formas de pago...", cit., ps. 88 y 89.

⁶⁵ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel - VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, t. II, 5ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, p. 126.

⁶⁶ PIZARRO WILSON, Carlos - VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación...*, cit., p. 101.

⁶⁷ Art. 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".

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, inc. 2º, ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias) o en la declaración de un bien familiar (art. 147, Código Civil).

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 de esta institución⁶⁸.

Se debe considerar que el art. 60, NLMC, pone término a las obligaciones y los 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 jurisprudencia⁶⁹.

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 materia 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 estos derechos, a diferencia de lo que ocurre en el art. 9º, inc. 2º, ley 14.908, que señala que la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales. En sentido similar, el Código Civil, en el art. 147, inc. 3º, señala que "la declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales". En este caso, es conveniente aplicar la misma fórmula.

Resulta interesante mencionar lo consignado en el art. 9º, ley 14.908, 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"⁷⁰.

De similar forma lo expresa Vodanovic, a propósito de cuantificar el usufructo para no exceder el 50% de los ingresos del alimentante en las pensiones de alimentos, señala 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 alimenticio

⁶⁸ PIZARRO WILSON, Carlos - VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación...*, cit., p. 101.

⁶⁹ Cf. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, "El divorcio como causal de desafectación de un bien declarado familiar. Comentario a un fallo reciente", *Estudios de Derecho Civil V*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, LegalPublishing, Santiago, 2010, ps. 383 a 390.

⁷⁰ PIZARRO WILSON, Carlos - VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación...*, cit., p. 101.

y de este modo fijar la pensión alimenticia hasta una suma que no sobrepase el 50% de las rentas del alimentante”⁷¹.

Esta alternativa soluciona el problema de poder obtener el cumplimiento y aplicar los apremios de la ley 14.908, es decir, arresto, arraigo, retención de impuestos y suspensión de la 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 art. 7º, Pacto de San José de Costa Rica⁷².

Tampoco nuestro legislador establece una prohibición de enajenar o gravar como la establecida en el art. 9º, ley 14.908, que agrega en lo pertinente que “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 justifican incluir una norma de este tipo en la compensación a efectos de proteger al cónyuge más débil.

Lo que puede ocurrir en la práctica es que la propiedad se encuentre hipotecada, lo que en principio no impide la constitución del derecho real. En sentido contrario se ha sostenido que el deudor hipotecario no puede hacer nada que vaya en detrimento de la integridad de la garantía otorgada⁷³.

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 usufructo⁷⁴.

Por otra parte, nada dice la NLMC sobre las obligaciones del usufructuario de rendir caución de conservación y restitución y de confeccionar inventario solemne

⁷¹ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Derecho de alimentos*, 4ª ed., LexisNexis, Santiago, 2004, p. 123.

⁷² En este sentido, sentencia del 26/7/2011, rol 683-2011, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de 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”.

⁷³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel - VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de los derechos...*, cit., p. 129.

⁷⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel - VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de los derechos...*, cit., p. 130.

(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 de lo que ocurre en la ley 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 tratados en este trabajo. 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 numeral 3 al art. 65, NLMC, en aras 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" ⁷⁵.

Queda pendiente la discusión sobre el término de la declaración de bien familiar una vez disuelto el matrimonio por sentencia de divorcio, lo que como consecuencia dejaría sin efecto los derechos reales constituidos en virtud del art. 147, Código Civil, ya que existe jurisprudencia en ambos sentidos ⁷⁶.

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 art. 9° 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 se extinguen con la muerte del beneficiario aun antes del día prefijado para su terminación (arts. 806 y 819, Código Civil). 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 cualquier tiempo, lo que significa que no integran el derecho de prenda general. Quizá lo mejor sería aplicar lo dispuesto en el art. 2466, inc. 3°, 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 la madre sobre los bienes del hijo sujeto a patria potestad ⁷⁷.

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 ameritan este tema.

⁷⁵ *Boletín del Senado*, nro. 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.

⁷⁶ Cf. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, "El divorcio...", cit., ps. 383-390.

⁷⁷ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "La compensación...", cit., p. 25.

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, que por lo general el cónyuge más débil no podrá acreditar ingresos para asumir el crédito.

Finalmente, se establece una regla de protección de terceros acreedores similar a la del art. 1723 del Código Civil, característica de los efectos patrimoniales del matrimonio. Es decir, no se 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 el adquirente lo recibirá libre de todo gravamen⁷⁸.

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"⁷⁹.

e) En caso de insolvencia del deudor. Caso del art. 66, NLMC

En caso de insolvencia del cónyuge deudor —supuesto del art. 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 reajutable⁸⁰. En este caso aparece como un deber del juez por los términos imperativos de la norma, a diferencia del citado art. 65 donde se señala "podrá".

Así, lo ha resuelto la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la sentencia del 10/2/2010, en rol 710-2009, que señala "que en lo relativo al pago de la compensación económica en dinero que se impondrá al marido demandado reconvencional, 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 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, del 14/10/2009, en rol 180-2009, que señala "que, por otra parte, teniendo muy en cuenta la situación de salud del demandado reconvencional, según se consigna en el considerando 10 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 19.947, estima prudente dividir el monto de la compensación económica del cónyuge deudor en veintiocho cuotas mensuales, iguales y sucesivas".

El art. 66, NLMC, expresa que la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, "a menos que se hubieren ofrecido otras garantías

⁷⁸ En similar sentido, PIZARRO WILSON, Carlos - VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación...*, cit., p. 102.

⁷⁹ PIZARRO WILSON, Carlos - VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación...*, cit., p. 102.

⁸⁰ Se aplica lo señalado a propósito del pago en cuotas del art. 65, NLMC.

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 incumplimiento⁸¹.

Sin duda se trata de una situación distinta a la planteada por el art. 65, NLMC, por lo tanto la asimilación a los alimentos sólo procede en el caso de insolvencia, 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 al 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 art. 65, NLMC.

f) *Traspaso de fondos previsionales*

En esta materia el legislador ha mostrado gran preocupación, tanto es así que la ley 20.255, publicada el 17/3/2008, que establece la reforma previsional, dedica dos artículos a la compensación económica en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio⁸². Dichas disposiciones entraron en vigencia el 1/10/2008 y se aplicaron a los juicios de divorcio o nulidad que se iniciaron con posterioridad a dicha fecha⁸³.

⁸¹ Cf. LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación...*, cit., ps. 148 y 149.

⁸² Art. 80, ley 20.255: "Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley 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 3500, 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".

Art. 81, ley 20.255: "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".

⁸³ Art. 25 transitorio, ley 20.255: "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".

No se trata de una compensación distinta, sino, tal como lo señala el art. 80 de esta ley, considera la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el art. 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.

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 Provisional o en las Cajas de Previsión de las Fuerzas Armadas. Esta situación no corresponde a una discriminación, ya que, 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.

VI. CONCLUSIONES

1. La compensación económica es el principal mecanismo incorporado por la NLMC con el objeto de proteger al cónyuge más débil.
2. 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.

3. El derecho a compensación se puede regular por los cónyuges, sin más límites que los derivados de su voluntad (autonomía privada), lo que implica que puedan renunciar al derecho, pactar el monto y las cuotas que estimen e, incluso, puedan establecer el pago de una renta vitalicia. Se desprende de los arts. 63 y 64, NLMC, que resulta ser un nuevo avance en el principio de la autonomía privada en el derecho de familia.

4. La ley establece un 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 necesarias. De no ser posible aplicar las modalidades anteriores, puede el juez establecer otra modalidad de pago. Consideramos, además, que en todos los casos señalados se podrá también ordenar el traspaso de fondos de pensiones, de acuerdo con el art. 80, ley 20.255, en forma conjunta o subsidiaria

5. La carga de proteger al cónyuge débil la impone el legislador al juez a través de la determinación de las formas de pago, especialmente mediante el establecimiento de seguridades para el pago de la compensación y fijar el monto en unidades reajustables, lo que se puede materializar en el establecimiento de cauciones reales o personales.