

DERECHO FAMILIAR CHILENO

CRISTIÁN LEPIN MOLINA

Profesor Escuela de Derecho

Universidad de Chile



THOMSON REUTERS

CAPÍTULO III

COMPENSACIÓN ECONÓMICA⁷⁰⁴

SUMARIO: 358. Introducción. 359. Requisitos de procedencia. 360. Término del matrimonio o del acuerdo de unión civil. 361. Existencia real y efectiva de un menoscabo económico. 362. No haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o el acuerdo de unión civil, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería. 363. Dedicación al cuidado de los hijos y/o a las labores del hogar común. 364. Criterios para determinar la cuantía. 365. Duración del matrimonio y la duración de la vida en común de los cónyuges o la duración del acuerdo de unión civil. 366. Situación patrimonial de ambos. 367. Buena o mala fe. 368. Edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario. 369. Situación en materia de beneficios previsionales. 370. Cualificación profesional y las posibilidades de acceder al mercado laboral. 371. Colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge o conviviente civil. 372. Determinación del derecho a compensación económica. 373. Forma de pago de la compensación económica. 374. Aspectos generales. Orden de prelación. 375. Formas de pago en particular. 376. En una sola “cuota” o cantidad única pagadera de contado. 377. En un número reducido de cuotas. Caso del artículo 65 NLMC. 378. Entrega de bienes determinados. Dación en pago. 379. Constitución de derechos reales a favor del cónyuge beneficiario. 380. En caso de insolvencia del deudor. Caso del artículo 66 NLMC. 381. Traspaso de fondos previsionales. 382. Compensación económica en el acuerdo de unión civil. 383. Aspectos procesales.

358. INTRODUCCIÓN

La Nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, que entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004, introduce una serie de cambios trascendentales en

⁷⁰⁴ Capítulo basado en el artículo de LEPIN MOLINA, Cristián. “Las prestaciones económicas posdivorcio en la legislación chilena”, *Revista Comparazione e Diritto Civile* [online], 2013, pp. 1-33. Disponible en: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/molina_prestaciones.pdf. ISSN 2037-5662 (Salerno, Italia). [Citado 2016-05-20].

el Derecho Familiar chileno, incluyendo, por primera vez, el divorcio con disolución de vínculo y, conjuntamente 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, en razón de su dedicación a los hijos y/o al hogar común.

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 al régimen patrimonial del matrimonio) y las materias relacionadas con los hijos (cuidado personal, alimentos y el régimen comunicacional).⁷⁰⁵ La discusión 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 común.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ 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 estos al momento de la ruptura. Así, la diputada señorita Saa señaló, durante el debate, que “en el caso de la nulidad, el 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 por ciento 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”, Historia Ley N° 19.947, op. cit., p. 118. Similares argumentos en las pp. 285, 419 y 433.

⁷⁰⁶ Véase Historia Ley N° 19.947, op. cit., pp. 1170 y ss.

Los modelos de derecho comparado relevantes fueron la legislación española, con la denominada pensión compensatoria o por desequilibrio económico;⁷⁰⁷ y la legislación francesa, con la llamada *prestation compensatoire*⁷⁰⁸. 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 adelante.⁷⁰⁹

Las distintas legislaciones han abordado el tema de la determinación de las prestaciones originadas al término del matrimonio, considerándola, básicamente, como una prestación de naturaleza resarcitoria o reparatoria, como en Chile; y, en algunos casos, como la posibilidad de optar a una pensión de alimentos o una compensación de pensiones, como en Alemania.⁷¹⁰

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 en la determinación de una naturaleza alimenticia, indemnizatoria, enriquecimiento sin causa o, incluso, una naturaleza *sui generis*.⁷¹¹

El establecimiento de este derecho en Chile ha generado una serie de discusiones no solo 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

⁷⁰⁷ Cfr. arts. 97 a 101 del Código Civil español.

⁷⁰⁸ Cfr. arts. 270 a 285 del Código Civil francés. Disponible en: www.legifrance.com [citado 2016-08-23].

⁷⁰⁹ 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.

⁷¹⁰ Arts. 1569 y ss., para la pensión de alimentos entre los excónyuges; y 1587 y ss., para la compensación de pensiones del Código Civil alemán.

⁷¹¹ Cf. LEPIN MOLINA, Cristián. *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*. op. cit., pp. 71-94. También, LEPIN MOLINA, Cristián. “Naturaleza jurídica de la compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena”, *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, Cristián Lepin (Director) y Karen Muñoz (Coordinadora), segunda edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016, pp. 459 y ss.

de determinación del derecho, las formas de pago y los apremios aplicables en el supuesto de incumplimiento en el caso del pago en cuotas.⁷¹²

El tema se puede reducir a las dos grandes visiones sobre el derecho a compensación que tienen la doctrina y jurisprudencia chilena. La primera considera esta prestación con un marcado carácter asistencial, apoyada en el principio de protección al cónyuge más débil incorporado por el art. 3° NLMC,⁷¹³ que pretende hacer subsistir el deber de socorro más allá de la disolución del vínculo conyugal,⁷¹⁴ 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 juicio.⁷¹⁵

⁷¹² Así, por ejemplo, Maricruz Gómez de la Torre, Hernán Corral, David Vargas, Paulina Veloso, Carmen Domínguez, Carlos Pizarro, Ramón Domínguez, Susan Turner y Javier Barrientos.

⁷¹³ Art. 3° inciso 1° de la 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*”. Lo cursivo es nuestro.

⁷¹⁴ 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*, v. I, t. II, Bosch, Madrid, España, 1982, p. 389.

⁷¹⁵ Así, por ejemplo, CORRAL TALCIANI, Hernán. “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, op. cit.; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, Charla en seminario del Colegio de Abogados de Chile, Santiago, Chile, efectuada el 13 de octubre de 2005; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, Charla en seminario del Colegio de Abogados de Chile, Santiago, Chile, efectuada el 20 de octubre de 2005; y, GUERRERO BECAR, José. “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, *Revista Chilena de Derecho (Valdivia)* [online], 2008, v. 21, N° 2, pp. 85-110. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200004&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502008000200004> [citado 2016-05-20].

La segunda visión considera el derecho solo 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, permitiendo la renuncia (incluso tácita), la aplicación restrictiva de la oportunidad para solicitar el derecho 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 incumplimiento.⁷¹⁶

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.

Asimismo, la compensación económica también se aplica a los acuerdos de unión civil celebrados bajo la LAUC. Sin embargo, la ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, no ha regulado la figura del “conviviente débil”, ya que el art. 27 LAUC solo hace aplicable los arts. 62 a 66 NLMC y el principio del “cónyuge débil” se encuentra consagrado en el art. 3° NLMC.

A continuación, se analizará el estatuto establecido por el legislador chileno para regular esta institución, incorporando tanto la doctrina como la jurisprudencia existente hasta la fecha.

359. 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

⁷¹⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, *Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo*, 2007, año VII, N° 15, pp. 83-92; LEPIN MOLINA, Cristián. *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, op. cit., pp. 57-185; y, PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, Editorial LegalPublishing, Santiago, Chile, 2009.

del matrimonio; o al conviviente civil, en los casos de nulidad o término unilateral o de mutuo acuerdo de la unión civil; 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 juicio.⁷¹⁷ Están establecidos en el art. 61 NLMC (aplicable al AUC por el art. 27 LAUC) y son los siguientes: 1° término del matrimonio o del acuerdo de unión civil; 2° existencia real y efectiva de un menoscabo económico; 3° no haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o convivencia, 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.⁷¹⁸

⁷¹⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 26 de septiembre de 2005, en causa rol N° 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 NLMC. En similar sentido, sentencia de la Corte Suprema de 24 de marzo de 2008, en causa rol N° 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 de 3 de abril de 2008, en causa rol N° 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”.

⁷¹⁸ En este sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 10 de octubre de 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

360. TÉRMINO DEL MATRIMONIO O DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

Este derecho nace precisamente cuando termina el matrimonio o el acuerdo de unión civil. En el primer caso, dice relación con la exigencia de 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 (art. 61 NLMC)⁷¹⁹. En el segundo, que se trate de un juicio de nulidad o de término del acuerdo de unión civil, ya sea de forma unilateral o de común acuerdo (art. 27 LAUC).

Ello se desprende del tenor literal del art. 60 NLMC, que señala que *“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.

361. EXISTENCIA REAL Y EFECTIVA DE UN MENOSCABO ECONÓMICO⁷²⁰

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

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”.

⁷¹⁹ Si bien la mayoría de la doctrina nacional analiza solo los tres requisitos restantes, así, por ejemplo, Maricruz Gómez de la Torre, Paulina Veloso, Carmen Domínguez, Carlos Pizarro, Ramón Domínguez; solo Susan Turner lo excluye expresamente y Javier Barrientos lo exige como condición para su procedencia, aunque sin mayor argumento.

⁷²⁰ En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de junio de 2007, en causa rol N° 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”.

Según 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”.⁷²¹

Para 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”.⁷²²

En cambio, para 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).⁷²³

Si bien la mayoría de los autores muestra una fuerte influencia proveniente de la doctrina española, dado el incuestionable antecedente legislativo,

⁷²¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2006, p. 258. Similares argumentos en VIDAL OLIVARES, Álvaro. “La compensación económica por ruptura matrimonial”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2009, pp. 22 y ss.

⁷²² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, op. cit., p. 87.

⁷²³ CORRAL TALCIANI, Hernán. “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, op. cit., p. 28. SAURA ALBERDI, Beatriz. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2004, p. 160.

creemos que la principal similitud está en los criterios para determinar su monto. Por tanto, nos parece que la compensación, en su configuración, es bastante diferente y específica, pues solo se refiere al daño generado producto de no haber podido desarrollar 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 NLMC “*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 NLMC, 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 económico,⁷²⁴ derivado de no haber podido realizar actividad remunerada durante el matrimonio o del acuerdo de unión civil, es decir, consiste en el *costo de oportunidad laboral*.⁷²⁵

⁷²⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 29 de octubre de 2007, en causa rol N° 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 esta la causa que origina tal indemnización”.

⁷²⁵ Para Carmen Domínguez, “este coste podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero solo 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 en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, op. cit., p. 8.

362. NO HABER DESARROLLADO ACTIVIDAD REMUNERADA O LUCRATIVA DURANTE EL MATRIMONIO O EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL, O HABERLO HECHO EN MENOR MEDIDA DE LO QUE PODÍA Y QUERÍA⁷²⁶

Este requisito le da una fisonomía distinta a nuestra compensación económica, ya que en el derecho comparado es solo uno de los elementos para determinar su cuantía.⁷²⁷

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 o del acuerdo de unión civil, de modo tal que si la demandante trabajó durante el matrimonio o la convivencia, no procede la compensación. Y, en segundo lugar, si trabajó solo 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 lucrativa.⁷²⁸

⁷²⁶ Se ha estimado que el hecho de 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 de 15 de septiembre de 2005, en causa rol N° 10228-2005. No compartimos este criterio, ya que siempre que una persona deje de percibir un beneficio o tenga una menor renta por cualquier circunstancia, podría alegar este supuesto.

⁷²⁷ Así, por ejemplo, en el art. 97 del Código Civil español y en el art. 271 del Código Civil francés. Lo propio ocurre con el requisito siguiente: la dedicación al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común.

⁷²⁸ Sentencia del Primer Juzgado de Letras de Osorno de fecha 16 de septiembre de 2005, en causa rol N° 34.773-D, que señala, en lo pertinente, “que así las cosas, de los hechos antes

363. 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 de 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 de que ambos cónyuges o convivientes civiles trabajen fuera del hogar.

En el caso del matrimonio, 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 doméstico.⁷²⁹

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, con fecha 22 de diciembre de 2005, en causa rol N° 959-2005. Lo destacado es nuestro.

⁷²⁹ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 27 de abril de 2007, en causa rol N° 3147-2006, que ha señalado: “se prueba que la demandante reconvenional se dedicó preferentemente al 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

También se ha resuelto que no procede la compensación económica si ambos se dedicaron durante un cierto periodo al cuidado de la prole, generándose en ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre sí, sin que puedan ser justificativas de alguna compensación.⁷³⁰

Por último, es indiferente si el no desarrollar actividad remunerada por la dedicación a la familia es una decisión voluntaria o impuesta.⁷³¹

364. 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 trata de una enumeración no taxativa), de una serie de elementos que

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 reconventional sacrificó su vida personal en pro de su familia, lo que evidentemente debe ser compensando económicamente”.

⁷³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 11 de abril de 2006, en causa rol N° 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 esta 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 despreocupó –independiente de las causas– de la educación y formación de los hijos en periodo importante de sus vidas, generándose en ambos cónyuges prestaciones que se anulan entre sí, sin que puedan ser justificativas de alguna compensación”.

⁷³¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 2 de diciembre de 2005, en causa rol N° 977-2005, 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”.

deben ser considerados por el juez al momento de determinar la cuantía de la prestación, los que veremos a continuación. Estos criterios se aplican al acuerdo de unión civil por lo dispuesto en el art. 27 inc. 2° LAUC.

365. DURACIÓN DEL MATRIMONIO Y LA DURACIÓN DE LA VIDA EN COMÚN DE LOS CÓNYUGES O LA DURACIÓN DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

Es un criterio que importa un límite temporal a la evaluación de los perjuicios que constituyen el menoscabo económico, en cuanto se podrá resarcir solo 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 de 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 hijos.⁷³²

Lo mismo ocurre en el caso del acuerdo de unión civil, el límite está determinado por la duración del acuerdo, y la duración de la convivencia efectiva determinará un monto mayor o menor según el tiempo de duración.

366. SITUACIÓN PATRIMONIAL DE AMBOS⁷³³

Este criterio se refiere, a diferencia de la obligación alimenticia, a ambos cónyuges o convivientes civiles, y debe el juez ponderar los bienes que

⁷³² Así lo ha entendido en España, al respecto, la Audiencia Provincial de Almería. En sentencia de 5 de julio de 1999 ha señalado que "... 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, en sentencia de 30 de noviembre de 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". Lo destacado es nuestro.

⁷³³ En Francia, según el art. 272 de 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 al art. 97 del respectivo Código Civil, según el caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge.

poseen ellos y su valor. Creemos que es una manifestación del principio de equidad, en el sentido de 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 liquidación,⁷³⁴ para lo cual será necesario que las partes hayan aportado antecedentes sobre los bienes ingresados al régimen económico matrimonial, así como las deudas⁷³⁵. De igual modo se puede considerar si existe régimen de comunidad entre los convivientes civiles, aun cuando no se encuentre liquidada.

367. 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 N° 180 por los Honorables Senadores señores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín.⁷³⁶

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

⁷³⁴ VELOSO VALENZUELA, Paulina. “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, *Revista Actualidad Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo*, 2006, N° 13, p. 184. Así también se ha entendido en España, véase SAURA ALBERDI, Beatriz. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, op. cit., p. 160.

⁷³⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, op. cit., p. 31.

⁷³⁶ Historia Ley N° 19.947, op. cit., pp. 1751 y 1752.

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”.⁷³⁷

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.

368. 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 vínculo.⁷³⁸

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.

369. SITUACIÓN EN MATERIA DE BENEFICIOS PREVISIONALES

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

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 2045.

⁷³⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, op. cit., p. 33.

En esta materia, el legislador ha mostrado una gran preocupación, tanto es así que la ley N° 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008, que establece la Reforma Previsional, dedica dos artículos a la compensación económica en los casos de divorcio o nulidad, los arts. 80 y 81 (normas que se analizarán más adelante). Dichas disposiciones entraron en vigencia el 1 de octubre de 2008 y se aplicarán a los juicios de divorcio o nulidad que se iniciaron con posterioridad a dicha fecha (art. 25 de la ley N° 20.255). 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 este no posee una, se ordenará que se proceda a abrir una al efecto. Estas normas no se aplican en los casos de acuerdo de unión civil, como se analizará.

370. 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. Este es un perjuicio que debe ser integrado en la compensación”.⁷³⁹

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”.⁷⁴⁰

⁷³⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazú. *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2004, p. 427.

⁷⁴⁰ SAURA ALBERDI, Beatriz. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, op. cit., p. 153.

371. COLABORACIÓN QUE HUBIERE PRESTADO A LAS ACTIVIDADES LUCRATIVAS DEL OTRO CÓNYUGE O CONVIVIENTE CIVIL

En principio, solo 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 o conviviente civil abogado. Como ha señalado SAURA, “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, repercute en el bienestar de la familia, produce un irritante desequilibrio al fin de la convivencia matrimonial, con un patente enriquecimiento injusto”.⁷⁴¹

372. DETERMINACIÓN DEL DERECHO A COMPENSACIÓN ECONÓMICA

En principio, la NLMC reconoce la más amplia libertad a los cónyuges para determinar la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación económica.⁷⁴² Así fluye de lo dispuesto en el art. 63 NLMC,⁷⁴³ que utiliza la expresión “*serán convenidos por los cónyuges*”; y también de lo dispuesto en el art. 64 NLMC⁷⁴⁴, que reitera la misma idea al señalar que “*a falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia*

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 155.

⁷⁴² Cfr. LEPIN MOLINA, Cristián. *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, op. cit., p. 136.

⁷⁴³ Art. 63 NLMC: “*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*”.

⁷⁴⁴ Art. 64 NLMC: “*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 reconvenición, 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”.

de la compensación y fijar su monto". Lo que se aplica a los acuerdos de unión civil (art. 27 LAUC).

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 o convivientes civiles, 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 solo 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 NLMC,⁷⁴⁵ 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 de la compensación, 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 NLMC, aunque se hace 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

⁷⁴⁵ Art. 65 NLMC: *"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 enterado 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".

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 al cual pueden celebrar estos acuerdos los cónyuges mayores de edad⁷⁴⁶, 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”.⁷⁴⁷ 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

⁷⁴⁶ Nada se señala con respecto a los mayores de 16 años, que pueden celebrar matrimonio de acuerdo a lo prescrito por el artículo 5° NLMC, que prescribe que no podrán contraer matrimonio: 2° Los menores de dieciséis años. Se trata de menores adultos (art. 26 CC), que de acuerdo al art. 1447 CC, 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*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 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.

⁷⁴⁷ Arts. 81, 86 y 90 del Código Civil español.

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” (y 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, las que dicen relación con las relaciones mutuas entre los cónyuges, a saber: a) los alimentos que se deban;⁷⁴⁸ 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 español,⁷⁴⁹ 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 estructura y procedencia en forma obligatoria

⁷⁴⁸ 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 excónyuge.

⁷⁴⁹ Cfr. VV. AA. *Convenios reguladores de las relaciones paterno filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, España, 1989; y, CORDERO CUTILLAS, Iciar. *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2004.

(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 a lo anterior, cabe tener presente 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 protegen 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 judicial,⁷⁵⁰ en circunstancias de 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 a lo prescrito en el art. 63 NLMC.

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

⁷⁵⁰ Sobre el particular, véase LEPIN MOLINA, Cristián. *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, op. cit., pp. 104 y ss.

juez debe intervenir, incluso, modificando o complementando el acuerdo, aplicando, por analogía, el art. 31 NLMC,⁷⁵¹ norma esta que autoriza al juez en la sentencia a “*subsanan 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 Familia.⁷⁵²

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 solo 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 descritos.

⁷⁵¹ Art. 31 NLMC: “*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 subsanar 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”.

⁷⁵² Cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro. “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado* [online], 2009, N° 12, p. 71. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722009000100002&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-8072. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722009000100002> [citado 2016-06-10]; CORRAL TALCIANI, Hernán. “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, op. cit., p. 37; y, DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, *Matrimonio civil y divorcio, análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley N° 19.947*, Anastasía Assimakópulos y Hernán Corral (Editores), Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2005, p. 100.

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 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.

En cuanto al acuerdo de unión civil, debe constar por escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil, art. 26 letra d) LAUC. No obstante, no señala ningún otro antecedente.

373. FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

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

374. 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 vez.⁷⁵³ 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 NLMC, prevaleciendo en el debate legislativo la idea de terminar con el conflicto entre los cónyuges, por lo menos en el plano económico, al fijar una suma única que no admite revisión posterior, con lo que se evita la presentación de demandas de rebaja o aumento de la cantidad regulada por el juez a título de compensación económica.⁷⁵⁴

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).

Solo en el evento de que no sea posible aplicar una de las modalidades anteriores, por no contar el deudor con 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 considerará alimentos para efectos de su cumplimiento, a menos que se ofrezcan otras garantías para ello (art. 66 NLMC).

⁷⁵³ Así, por ejemplo, el art. 273 del Código Civil francés señala que “*la prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado*”. Disponible en: www.legifrance.gouv.fr [citado 2015-10-20]. De igual forma, PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, op. cit., p. 99; y, VELOSO VALENZUELA, Paulina. “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, op. cit., p. 185.

⁷⁵⁴ Historia Ley N° 19.947, op. cit., pp. 587-605. En similar sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, op. cit., p. 5; y PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, op. cit., p. 97.

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 comentario, 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 solo 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 artículo 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 arts. 65 y 66 de la LMC”.⁷⁵⁵

Otra modalidad de pago es la regulada en el art. 80 de la ley N° 20.255,⁷⁵⁶ 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.

⁷⁵⁵ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, op. cit., p. 95.

⁷⁵⁶ Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269892> [citado 2016-08-17].

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 de la ley N° 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, solo 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 al art. 80 de la ley N° 20.255, en forma conjunta o subsidiaria.

Este orden de prelación se sustenta en la finalidad establecida por el legislador, en el sentido de que se pague en un solo acto, a fin de evitar posteriores conflictos patrimoniales entre los excónyuges, 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 NLMC.

375. FORMAS DE PAGO EN PARTICULAR

376. EN UNA SOLA “CUOTA” O CANTIDAD ÚNICA PAGADERA DE CONTADO

Es la regla general señalada por nuestro legislador,⁷⁵⁷ como ya se ha referido, con la finalidad de poner término al conflicto conyugal y, eliminando

⁷⁵⁷ A la misma conclusión ha llegado nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema de 20 de diciembre de 2006, en causa rol N° 3495-2006, expresa “que, como regla general, la compensación será pagada de una sola vez y, por excepción, según lo

la posibilidad de nuevos juicios con solicitudes de aumento, de rebaja o de cese de la prestación.

Así lo ha expresado VIDAL, quien sostiene que “la finalidad perseguida por la LMC, así fluye de la historia de su establecimiento, es que el conflicto entre los cónyuges en lo patrimonial se resuelva de una sola vez, o en el menor tiempo posible, lo que se ve reflejado en el marco legal sobre la forma de entrega que pasa desde la consignación de un monto o de una pensión compensatoria por un plazo máximo de cinco años (artículo 38 de la indicación del Presidente de la República) a una suma única que puede dividirse en cuotas siempre que el deudor ofrezca seguridades para el cumplimiento suficiente (actual artículo 65 de la LMC)”.⁷⁵⁸

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”.⁷⁵⁹

dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas. Por consiguiente, no puede sino concluirse que aun cuando la legislación entrega amplia libertad al juez para fijar la forma de pago de la compensación, sea como capital en suma única, bajo las modalidades que establece el artículo 65 de la misma ley o en cuotas periódicas con una duración determinada, su monto siempre debe ser fijado en la sentencia y la forma de enterarlo variarán de acuerdo al mérito del proceso”. En el mismo sentido, sentencia de 29 de julio de 2009, en causa rol N° 3911-2009, señala que “de relacionar los artículos 63, 64, 65 y 66 de la ley N° 19.947, se infiere que el legislador ordena pagar un monto determinado invariable en el tiempo, cualesquiera sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados –deudor o acreedor– posteriores a la sentencia que la regula”. Y también la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 24 de febrero de 2009, en causa rol N° 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). Atendido la situación patrimonial del demandado y la facultad concedida en el artículo 66 recién citado, se mantendrá el pago en cuotas determinado por la sentenciadora de primer grado”.

⁷⁵⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro. “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, op. cit., p. 72.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 73.

En similar sentido, 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 tiene 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”.⁷⁶⁰

377. EN UN NÚMERO REDUCIDO DE CUOTAS.
CASO DEL ARTÍCULO 65 NLMC

En el caso del pago en cuotas, la regla general será el menor número de ellas,⁷⁶¹ atendida la finalidad del legislador y, además, se faculta al juez para fijar cualquier forma de reajuste. La experiencia en los Tribunales de Familia en materia de pensiones alimenticias considera el alza que experimente el Índice de Precios al Consumidor (IPC), que fija el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), o un porcentaje del ingreso mínimo remuneracional (que se reajusta por ley una vez al año), o también expresar el monto en unidades de fomento (UF) o unidades tributarias mensuales (UTM).⁷⁶² Lo esencial es que el dinero mantenga su valor y, por tanto, el mismo poder adquisitivo.

⁷⁶⁰ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, op. cit., pp. 5 y 6.

⁷⁶¹ Así, en el Derecho francés se limita el pago en cuotas a un periodo de 8 años, como se desprende del inciso 1° del 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”.

⁷⁶² LEPIN MOLINA, Cristián. *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, op. cit., p. 145.

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 LAFPPA,⁷⁶³ de propiedad del cónyuge o de un tercero, como ocurre en la legislación francesa, que permite que el pago en capital o cuotas quede a resguardo mediante el establecimiento de una garantía, como la constitución de una hipoteca, prenda, fianza u otro contrato.⁷⁶⁴

Según VIDAL, la expresión “seguridades para el pago” que emplea el legislador comprende no solo las garantías y cauciones, constitutivas de mecanismos de protección del derecho de crédito al ensanchar el derecho de garantía general del acreedor, sino todos aquellos mecanismos o medidas que den certeza al acreedor del pago, evitando o previniendo 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 descuento de un porcentaje de remuneraciones por parte

⁷⁶³ Art. 10 LAFPPA: “El juez podrá también ordenar que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación alimenticia con una hipoteca o prenda sobre bienes del alimentante o con otra forma de caución.

Lo ordenará especialmente si hubiere motivo fundado para estimar que el alimentante se ausentará del país. Mientras no rinda la caución ordenada, que deberá considerar el periodo 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”.

⁷⁶⁴ 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”.

del empleador. Tan amplia es la noción de seguridades para el pago que pudiere entenderse incluida en ella la modalidad especial que prevé la ley N° 20.255, que contempla el traspaso de fondos de capitalización obligatoria hasta el límite del 50 % existente del cónyuge deudor, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio.⁷⁶⁵

378. ENTREGA DE BIENES DETERMINADOS.

DACIÓN EN PAGO

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

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 CC, que en el régimen de participación en los gananciales dispone que, de producirse la evicción de la cosa dada en pago por el crédito de participación, renace el crédito⁷⁶⁶. Más bien sería importante incorporar una norma similar en futuras modificaciones a la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

En la práctica es usual que se pague al cónyuge beneficiario, a título de compensación, 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.

⁷⁶⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro. “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, op. cit., pp. 79 y 80.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, pp. 88 y 89.

379. CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES A FAVOR DEL CÓNYUGE BENEFICIARIO

Conforme a 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 los derechos de usufructo, uso o habitación procuran a una persona un sustentamiento⁷⁶⁷.

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”.⁷⁶⁸

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 vitalicio.

En España, el art. 97 CC 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.

⁷⁶⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Tratado de los Derechos Reales*, t. II, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1993, p. 126.

⁷⁶⁸ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, op. cit., p. 101.

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. 9° inc. 2° LAFPPA) o en la declaración de un bien familiar (art. 147 CC).

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 institución.⁷⁶⁹

Se debe considerar que el art. 60 NLMC pone término a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial entre los cónyuges, cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio. Por lo que dicho efecto extintivo de este conjunto de derechos pone fin a los derechos de alimentos y a la declaración de bien familiar. Aunque en este último caso existe discrepancia entre los distintos autores y también en la jurisprudencia.⁷⁷⁰

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 dice sobre la forma de constitución de estos derechos, a diferencia de lo que ocurre en el art. 9° inc. 2° LAFPPA, que señala que la resolución judicial servirá de Título para inscribir los derechos reales. En sentido similar, el Código Civil en el art. 147 inciso 3° establece que *“la declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como*

⁷⁶⁹ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, op. cit., p. 101.

⁷⁷⁰ Cfr. 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*, Editorial LegalPublishing, Santiago, Chile, 2010, pp. 383-390.

título para todos los efectos legales". En este caso, es conveniente aplicar la misma fórmula.

Resulta interesante mencionar lo consignado en el art. 9° LAFPPA, que establece 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 de 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".⁷⁷¹

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, señalando 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 y de este modo fijar la pensión alimenticia hasta una suma que no sobrepase el cincuenta por ciento de las rentas del alimentante".⁷⁷²

Esta alternativa soluciona el problema de poder obtener el cumplimiento y aplicar los apremios de la LAFPPA, es decir, arresto, arraigo, retención de impuestos y suspensión de licencia de conducir. Sin embargo, resulta dudosa la aplicación del arresto por deudas de compensación económica que, por no tener naturaleza alimenticia, no quedarían amparadas por el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica.⁷⁷³

⁷⁷¹ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, op. cit., p. 101.

⁷⁷² VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Derecho de alimentos*, op. cit., p. 123.

⁷⁷³ En este sentido, sentencia de fecha 26 de julio de 2011, en causa rol N° 683-2011, de la 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

Tampoco nuestro legislador establece una prohibición de enajenar o gravar como la establecida en el art. 9° LAFPPA, 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 justifica 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 otorgada.⁷⁷⁴

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia el usufructo constituido con posterioridad a una hipoteca no afecta a esta, por lo que el acreedor hipotecario solo puede solicitar la inoponibilidad del usufructo en el momento que vea amagado su derecho. En consecuencia, si el deudor cumple su obligación no será necesario subastar la propiedad hipotecada ni remover el usufructo.⁷⁷⁵

Por otra parte, nada dice la NLMC sobre las obligaciones del usufructuario de rendir caución de conservación y restitución y de confeccionar inventario solemne (art. 775 CC), o en los derechos de uso o habitación, de confeccionar inventario de los bienes sobre los que recae su derecho (art. 813 CC); a diferencia de lo que ocurre en la LAFPPA, en que expresamente se señala que quedan exentos de las obligaciones recién mencionadas.

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”.

⁷⁷⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Tratado de los Derechos Reales*, op. cit., p. 129.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 130.

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, este no incluye modificaciones sobre estos aspectos, aunque sí pretende incorporar un numeral tres 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”.⁷⁷⁶

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 CC, ya que existe jurisprudencia en ambos sentidos.⁷⁷⁷

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 CC). 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. Quizás lo mejor sería aplicar lo dispuesto en el art. 2466 inc. 3° CC, agregando que el usufructo constituido a título de compensación no será embargable, como ocurre con el usufructo del marido

⁷⁷⁶ Historia Ley N° 19.947, op. cit., p. 11.

⁷⁷⁷ Cfr. TRONCOSO LARRONDE, Hernán. “El divorcio como causal de desafectación de un bien declarado familiar. Comentario a un fallo reciente”, op. cit., pp. 383-390.

sobre los bienes de la mujer, o el del padre o madre sobre los bienes del hijo sujeto a patria potestad.⁷⁷⁸

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

Se puede decir que la constitución de derechos reales como modalidad de pago de la compensación es excepcional y que lo usual es la dación en pago del mismo bien, pero en el caso de los bienes raíces, normalmente se adquieren mediante créditos hipotecarios a varios años, lo que, en cierta forma, impide la posible transferencia de dichos bienes, ya 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 CC, 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 gravamen.⁷⁷⁹

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”.⁷⁸⁰

380. EN CASO DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR. CASO DEL ARTÍCULO 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

⁷⁷⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil”, op. cit., p. 25.

⁷⁷⁹ En similar sentido, PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, op. cit., p. 102.

⁷⁸⁰ *Ibíd.*

modalidades anteriores, podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable.⁷⁸¹ En este caso aparece como un deber del juez por los términos imperativos de la norma, a diferencia del citado art. 65 NLMC donde se señala “podrá”.

Así lo ha resuelto la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso en la sentencia de fecha 10 de febrero de 2010, en causa rol N° 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 N° 19.947”.

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

El 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 para su efectivo y oportuno pago*”, lo que se declarará en la sentencia. Esto es lo que constituye la garantía para el beneficiario de la compensación económica, se trata de la protección al cónyuge débil, pero se requiere que el juez lo declare en la sentencia, ya que es un régimen excepcional. Todo lo anterior es, sin perjuicio, de la discusión sobre los apremios personales en caso de incumplimiento.⁷⁸²

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

⁷⁸¹ Se aplica lo señalado a propósito del pago en cuotas del art. 65 NLMC.

⁷⁸² Cfr. LEPIN MOLINA, Cristián. *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, op. cit., pp. 148 y 149.

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.

381. TRASPASO DE FONDOS PREVISIONALES

En esta materia el legislador ha mostrado gran preocupación, tanto es así que la ley N° 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008, que establece la Reforma Previsional, dedica dos artículos a la compensación económica en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio.⁷⁸³ Dichas disposiciones entraron en vigencia el 1 de octubre de 2008 y se aplicarán a los juicios de divorcio o nulidad que se inicien con posterioridad a dicha fecha.⁷⁸⁴

⁷⁸³ Art. 80 ley N° 20.255: “Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto.

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

Art. 81 ley N° 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”.

⁷⁸⁴ Art. vigésimo quinto transitorio ley N° 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 solo 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 solo 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 este 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 solo a quienes se encuentran en el sistema de fondos de pensiones (AFP) y no a quienes cotizan en el Instituto de Normalización Previsional (INP) o en las Cajas de Previsión de las Fuerzas Armadas. Esta situación no corresponde a una discriminación, ya que, en estos últimos casos, no se puede aplicar, dado que la reforma solo 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 de que las partes aporten durante el juicio la información necesaria para que el juez pueda ordenar el traspaso de dichos recursos, los que van a quedar, en definitiva, 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.

382. COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

La compensación se encuentra regulada por el art. 27 LAUC y por los arts. 62 a 66 NLMC. En este marco normativo no existe referencia a la aplicación de los arts. 80 y 81 de la ley N° 20.255 de Reforma Previsional, en cuanto a la posibilidad de establecer como modalidad de pago el traspaso de fondos previsionales, ni a la ley N° 20.239, que libera de impuesto a la renta a las compensaciones económicas originadas al término del matrimonio. En ambos casos, por tratarse de normas de orden público, indisponibles para los convivientes civiles, nos parece que no se pueden aplicar por analogía y será necesario, por tanto, una reforma legal.

Nuestra jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre un tema similar, específicamente sobre la posibilidad de considerar carga familiar al conviviente civil, señalando la Corte de Apelaciones de Concepción que no existe ilegalidad al no reconocer tal calidad. En este sentido, entre otros argumentos, señala que “en este orden de ideas debe enfatizarse que el derecho que se reconozca la calidad de carga, permite acceder a derechos de carácter patrimonial típico de la seguridad social, la cual se organiza bajo un régimen imperativo y de orden público que no es disponible para los actores que participan en dicho sistema”.⁷⁸⁵

⁷⁸⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de enero 2016, en causa rol N° 9448-2015.

Procede, entonces, la compensación económica solo en los casos de término del acuerdo por mutuo acuerdo (art. 26 letra d) LAUC), por voluntad unilateral (art. 26 letra e) LAUC) o en caso de nulidad del acuerdo (art. 26 letra f) LAUC).

Se puede regular por los convivientes civiles de común acuerdo o solicitar al tribunal de familia competente. En esta materia, la LAUC es más bien parca, refiriéndose solo a la regulación de la compensación en los casos de término por voluntad unilateral.

Analicemos los tres supuestos señalados.

En caso de término por mutuo acuerdo, este debe constar en escritura pública o acta otorgada ante el oficial de Registro Civil, nada dice sobre la regulación de la compensación económica. No obstante, estimamos necesario que conste en escritura pública aprobada por el tribunal de familia, toda vez que es la única forma de constituir un título ejecutivo y poder recurrir al procedimiento ejecutivo simplificado que establecen los arts. 11 y 12 LAFPPA.

En caso de declaración de nulidad del acuerdo, se pueden aplicar las reglas generales, establecidas en el art. 64 NLMC, es decir, en el escrito de demanda, complementario de la demanda o en la demanda reconvenzional, en todos los casos ante el tribunal de familia competente.

Por último, en caso de término por voluntad unilateral, la LAUC exige que conste por escritura pública o acta otorgada ante el oficial del Registro Civil, la que debe notificarse al otro conviviente civil, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la subinscripción al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil. La notificación debe contener la mención a la existencia del derecho a compensación económica, el que podrá demandarse dentro de seis meses contados desde la subinscripción del término del acuerdo. Sin embargo, como la notificación no afecta el término del acuerdo, puede ocurrir que se notifique una vez transcurrido el plazo de seis meses, con lo cual el conviviente civil no podrá demandar la compensación económica. Una posible solución se podría encontrar en el artículo 26 letra e) LAUC que, ante la falta de notificación del término del acuerdo, hace responsable

al conviviente civil de los perjuicios que pueda generar la ignorancia del término de dicho acuerdo al otro contratante. En este caso, ante la imposibilidad de demandar la compensación económica, el conviviente civil podría demandar por los perjuicios causados en concreto por la pérdida de la oportunidad de demandar la compensación económica, lo que no es lo mismo que demandar por el monto que le habría correspondido a dicho título, en consecuencia, el monto debería ser menor, ya que solo se trata de la pérdida de la opción.

Los requisitos de procedencia de la compensación son los mismos que se establecen para el matrimonio, es decir, que uno de los convivientes civiles a) no haya desarrollado actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería; b) dedicación al cuidado de los hijos o al hogar común; y, c) que sufra un menoscabo económico.

Se mantiene, entonces, como sustento la pérdida de oportunidad laboral, reflejada en el requisito de no haber realizado actividad económica o lucrativa. Así, se protege principalmente el modelo tradicional de familia, basado en una relación de pareja heterosexual, con división de roles de género, en que el hombre trabaja fuera del hogar en forma remunerada y la mujer trabaja en las labores del hogar y en el cuidado de los hijos. Quizá era la oportunidad para avanzar a una compensación por desequilibrio económico, como la que existe en España, Italia y Argentina, que permitiría proteger los distintos modelos de familia.

Los criterios para acreditar el menoscabo económico y determinar el *quantum* son aquellos establecidos en el art. 62 NLMC, es decir: la duración del acuerdo y la convivencia civil; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del conviviente beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro conviviente civil.

En cuanto a las formas de pago, se puede materializar en una suma de dinero, la dación en pago de bienes determinados o la constitución de derechos reales de goce. Estimamos que se excluye la modalidad de pago de traspaso de fondos previsionales, por las razones ya señaladas.

Por aplicación del art. 66 NLMC, es procedente obtener el cumplimiento por medio del procedimiento ejecutivo simplificado de la LAFPPA y sus apremios, replicándose la discusión sobre los apremios personales, como el arresto.

383. ASPECTOS PROCESALES

El tribunal competente es el juzgado de familia del domicilio del demandado (arts. 8° N° 15 LTF, 87 NLMC y 27 LAUC). El procedimiento aplicable es el ordinario de los Tribunales de Familia (arts. 55 y ss. LTF), con la particularidad de que se tramita conjuntamente con el divorcio o la nulidad de matrimonio, salvo en los casos de acuerdo de unión civil en que se pueda solicitar conjuntamente con la nulidad del acuerdo o en forma independiente, en los casos de término unilateral del acuerdo.

La oportunidad para solicitar la compensación económica en juicio puede ser (art. 64 NLMC): en la demanda (conjuntamente con el divorcio o la nulidad de matrimonio), en escrito complementario, o en la demanda reconventional. 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.⁷⁸⁶ En su caso, si se rechaza la acción principal, el tribunal no debe pronunciarse sobre la compensación.⁷⁸⁷

⁷⁸⁶ Salvo un caso excepcional en la jurisprudencia chilena, que ha permitido ejercer la acción en forma posterior a la declaración de nulidad de matrimonio. Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 13 de mayo de 2010, en causa rol N° 287-2010, que, en lo pertinente, señala “que se podrá impetrar la acción de compensación económica cuando se ha decretado el divorcio o se declarado la nulidad del matrimonio; lo que no es incompatible con lo prescrito en el artículo 64 de la ley precitada”.

⁷⁸⁷ 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, sentencia de 2 de julio de 2009, en causa rol N° 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 solo pueden pedirse conjuntamente con la demanda de divorcio, en un escrito

En el caso del acuerdo de unión civil, se puede solicitar en el juicio de nulidad del acuerdo; en caso de término por mutuo acuerdo, que debe constar en el acuerdo del art. 26 letra d); y, por último, en caso de término unilateral, en el plazo de 6 meses, contado desde la fecha de subinscripción de la terminación del acuerdo (arts. 27 inc. final y 26 letra e) LAUC).

Existe libertad probatoria, por lo que las partes pueden presentar todo tipo de pruebas (art. 28 LTF), las que serán ponderadas por el juez, de acuerdo a los principios de la sana crítica (art. 32 LTF), es decir, no se pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En cuanto a los tipos de pruebas, la testimonial será fundamental para acreditar tanto la dedicación al cuidado de los hijos o las labores del hogar, como para acreditar el hecho negativo de no realizar actividad remunerada o lucrativa, sin perjuicio de allegar al juicio otros elementos que sirvan para formar convicción⁷⁸⁸.

La prueba documental (como, por ejemplo, certificados de estudios, nacimiento, de cotizaciones previsionales del cónyuge beneficiario), los oficios a ciertas instituciones (como al Registro Civil, a efecto de que informe sobre la propiedad de vehículos motorizados; al Conservador de Bienes Raíces, a efecto de que informe sobre la propiedad de inmuebles; a la AFP en que cotiza el demandado, para que informe cuál es el capital de su cuenta individual y el monto de sus cotizaciones mensuales en el último periodo, etc.) y la prueba pericial, consistente en un completo informe socioeconómico, emitido por un asistente social, que nos parece importante para acreditar el menoscabo económico, ya que podrá evaluar elementos que servirán al juez para ponderar las circunstancias del art. 62 NLMC; por último, la declaración de la parte demandada (arts. 50 y ss. LTF), bajo

complementario o en la reconvenición, conforme dispone el artículo 64 de la ley N° 19.947, y no por cuerda separada”.

⁷⁸⁸ LEPIN MOLINA, Cristián. *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, op. cit., p. 141.

apercibimiento del art. 52 LTF, puede servir para probar algunos de los requisitos de procedencia.⁷⁸⁹

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. Lo mismo se aplica al acuerdo de unión civil declarado nulo o a la demanda de compensación en el caso de término unilateral. El procedimiento que se aplica para el cumplimiento es el procedimiento ejecutivo simplificado (arts. 66 NLMC y 11 y 12 LAFPPA).⁷⁹⁰

Es posible aplicar los apremios establecidos para los casos de incumplimiento de la compensación económica, como el arresto, el arraigo, la suspensión de la licencia de conducir, entre otros. No obstante, estimamos que no es procedente privar de libertad a una persona. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, se trataría de un caso de prisión por deudas, toda vez que la obligación derivada de la compensación económica no tiene naturaleza jurídica alimentaria.⁷⁹¹

⁷⁸⁹ *Ibid.*, pp. 141 y 142.

⁷⁹⁰ Sobre el procedimiento de cumplimiento, véase VARELA BARRA, Christian. “Normas relativas al cumplimiento de la compensación económica: ¿Real protección al cónyuge más débil?”, Tesis de Magíster en Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2014.

⁷⁹¹ Sobre la procedencia del arresto, véase CORRAL TALCIANI, Hernán. “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, rol N° 2102”, *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, Cristián Lepin (Director) y Karen Muñoz (Coordinadora), segunda edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016; en contra, LEPIN MOLINA, Cristián. “¿Es procedente el arresto por incumplimiento del pago de compensación económica?: comentario a la sentencia de la Corte Suprema rol N° 11.410-2011”, *Revista de Derecho (Coquimbo)* [online], 2013, v. 20, N° 1, pp. 359-376. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000100015&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000100015> [citado 2016-07-15]; y, PÉREZ DE ARCE MOLINA, Ricardo. *La no procedencia del apremio de arresto en el cumplimiento forzado de la compensación económica*, Tesis de grado de Magíster en Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2016.