

Compensación económica para el cónyuge o conviviente civil: Una mirada desde el análisis económico del derecho

*Economic compensation for the spouse or civil partner:
A look from the economic analysis of law*

ADRIANA PALAVECINO CÁCERES¹
Universidad de Talca, Chile

RECEPCIÓN: 16/07/2015 • ACEPTACIÓN: 13/08/2015

RESUMEN El análisis económico del derecho (AED) constituye una metodología que aplica a cuestiones de carácter jurídico, principios y conceptos de orden económico. Es una perspectiva de análisis de las instituciones jurídicas partiendo del supuesto que éstas tienen un carácter teleológico, están al servicio de los particulares, por lo tanto, su diseño, interpretación y aplicación, deben hacerse tratando de potenciar el bienestar de la sociedad en su conjunto. La compensación económica es una figura reciente en el Derecho de Familia chileno, la doctrina nacional le ha dado diversa calificación jurídica y todavía es objeto de análisis dogmático, por ello, estimamos que puede resultar interesante una aproximación desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, intentando responder a las interrogantes típicas de este enfoque, a saber, ¿Si es eficiente la asignación de recursos o responsabilidades en su regulación por la ley de matrimonio civil? O en

1. Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Docente de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Talca. Correo: <apalavecino@yahoo.es>.

otras palabras, ¿Si la regulación de esta figura en favor del cónyuge más débil generará mayor satisfacción individual y social?

PALABRAS CLAVES Compensación económica, análisis económico del derecho, matrimonio y unión civil, divorcio y nulidad matrimonial.

ABSTRACT The economic analysis of law is a methodology that applies economic principles and concepts to legal issues. This perspective offers an analysis of legal institutions on the assumption that those institutions are of a teleological nature and are at the service of individuals. Therefore, the design, interpretation, and application of those institutions should have as their goal the advancement of the wellbeing of society as a whole. Economic compensation is a recent institution in Chilean Family Law. The national doctrine has expressed varying legal opinions about the legislation, and it remains the object of dogmatic analysis. As a result, we believe that approaching economic compensation from the perspective of the economic analysis of law could give interesting results. Thus, we try to respond to the typical questions of this approach, such as: Is it productive to assign resources or responsibilities via the rules contained in civil marriage law? In other words, will the rules of this legislation, which are in favor of the weaker spouse, create greater individual and social satisfaction?

KEYWORDS Economic compensation, economic analysis of law, marriage and civil union, divorce and marriage annulment.

Introducción

ALFARO ha afirmado que, el análisis económico del derecho es la mejor forma de revisar las reglas jurídicas del Derecho Privado, justamente porque las sociedades occidentales son de derecho privado, es decir, en ellas son los particulares quienes, sin la intervención del Estado, deciden libremente su plan de vida y los medios para alcanzarlo, lo que aparece reconocido en nuestra Constitución Política como base de la institucionalidad cuando declara en su artículo 1 que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, y que la familia es un grupo intermedio al que se le garantiza la debida autonomía para cumplir sus propios fines específicos (Principio de intervención mínima del Estado). Esto implica que las entelequias jurídicas están

al servicio de los fines privados y, por tanto, su análisis positivo ha de consistir en determinar si es que lo logran; en hacerse cargo de las dudas interpretativas en el sentido que favorezcan la obtención de un resultado eficiente y, normativamente, si podrían ser diseñadas de otra forma que permitiese alcanzar mejor tales objetivos².

Como explica BARCIA: «El AED nos permite precaver este tipo de consecuencias no deseadas de las políticas públicas y discutir qué política podemos adoptar que no genere estas consecuencias negativas»³.

Y este análisis es plenamente válido para el ámbito del Derecho de Familia, aun cuando las posiciones más tradicionales —hoy en franca retirada— han planteado que en esta área del derecho privado no juega la autonomía de la voluntad sino que prevalece el orden público⁴, pues bajo la mirada del AED lo que se pretende simplemente es reflexionar sobre qué mecanismos pueden contribuir a que el matrimonio —o el acuerdo de unión civil en su caso— como contrato, sea una oportunidad mutuamente beneficiosa de intercambio para los contrayentes, en otras palabras, cómo se maximiza la ganancia del intercambio, minimizando los daños.

Análisis económico del derecho y derecho de familia: vasos comunicantes

En cuanto a la vinculación del análisis económico con el Derecho de Familia, es evidente que el legislador reconoce el carácter económico del matrimonio cuando en el artículo 102 del Código Civil señala como uno de sus fines esenciales para los contrayentes el de auxiliarse mutuamente, lo que implica que deben ampararse materialmente, socorrerse. Lo propio ocurre con el acuerdo de unión civil cuando el artículo 14 de la Ley 20.830 (D.O. 21.04.2015) prescribe que los convivientes civiles se deberán ayuda mutua y que estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad

2. ALFARO (2007) pp. 4.

3. BARCIA (2011a) p. 193.

4. Así René Ramos Pazos sostiene que: «Las normas reguladoras del Derecho de Familia son de orden público, y como tales imperativas, inderogables. Es la ley únicamente, y no la voluntad de las partes, la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares. Ciertamente es que la voluntad de los individuos juega, pero sólo en el inicio, pues es la ley la que regula íntegramente esos actos». RAMOS (2005) p. 17.

a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos. Otras manifestaciones de la conexión entre el derecho de familia y la economía pueden apreciarse al momento de la terminación del matrimonio y del acuerdo de unión civil, en su disolución y liquidación del régimen de bienes; si se termina por muerte de uno de los cónyuges, en los derechos sucesorios del sobreviviente y del conviviente civil; en el derecho de alimentos para el cónyuge, conviviente civil e hijos y, por cierto, en la figura de la compensación económica, para los casos en que el matrimonio se disuelva por nulidad o termine por divorcio, de conformidad a los artículos 61 y siguientes de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil (D.O. 17.05.2004) y, recientemente, para el evento de término del acuerdo de unión civil, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 20.830 citada. Por ello, es pertinente revisar los aportes del análisis económico en el ámbito conyugal, que han venido a regular las referidas leyes.

Quien se destaca en esta senda es el economista estadounidense BECKER⁵, que aplica un modelo de maximización de utilidad conforme con el cual los agentes económicos se comportan como sujetos racionales que buscan la máxima utilidad (felicidad o bienestar) posible o permitida, dadas las restricciones de viabilidad. En otras palabras, hay una presunción de racionalidad conforme con la cual las personas harán en este ámbito, como en otros, lo que es mejor para ellas.

Uno de los supuestos de este modelo es que el mercado del matrimonio está en equilibrio, puesto que una persona invierte en la búsqueda de pareja hasta que sus costos de búsqueda exceden los de permanecer soltero o con la pareja actual. Otro supuesto es que la decisión de contraer matrimonio se funda en que es mayor la utilidad de los contrayentes individualmente considerada que si permanecen solteros. En TOMASSI e IURELLI se explica que: «En la teoría de Becker sobre el matrimonio los individuos comparan su producto de solteros a su producto como parte de un matrimonio, incluyendo en el término ‘producto’ una amplia gama de actividades, mercancías y servicios [...]. El análisis de Becker implica que hay una cantidad mínima que cada cónyuge precisa obtener después del matrimonio: el producto que obtendrían de solteros, de forma que cada sujeto que se casa esté, al menos, en tan buena posición casado como lo estaría si permaneciese soltero. En otras palabras, el coste de oportunidades del matrimonio para un individuo es el valor de la alternativa renunciada, a

5. BECKER (1974). Disponible en: <http://www.nber.org/chapters/c2970.pdf> [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

saber, su producto mientras está soltero o soltera»⁶. Y el tercer supuesto es que los cónyuges maximizan los bienes familiares: hijos, compañía, amor, calidad de vida, prestigio, salud, ocio, dada la economía a escala que se genera producto de vivir en pareja (una única vivienda, compartir los gastos, etc.)⁷. Siguiendo a este autor, los cónyuges distribuirán su tiempo entre el sector de mercado (trabajo remunerado) y el de «no mercado» (tareas del hogar y cuidado de los hijos) para maximizar los recursos familiares. Cada cónyuge se especializará en el ámbito que le ofrezca mayores ventajas comparativas⁸, en lo que influirá de manera preponderante el salario que perciba cada cual en uno u otro sector.

En nuestro país, dada la cultura patriarcal profundamente arraigada y la brecha salarial existente entre hombres y mujeres, lo más probable es que sean estas últimas las que se queden en la casa, o asuman preponderantemente las labores del hogar y del cuidado de los hijos. DOMÍNGUEZ ÁGUILA señala que el fundamento de la compensación económica radica justamente en «...una cierta pérdida producida por el hecho de haber dedicado el esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio [...] Si debe pagar la compensación el marido, es porque él ha resultado en cierta medida beneficiado por el sacrificio de su cónyuge y por ende está en mejor situación patrimonial»⁹. Así, el costo de oportunidad en la mayoría de los casos para la mujer, se manifestará en el sacrificio de obtener una asignación mensual, completa o parcial, según el caso, a cambio de dar crianza a sus hijos; en tanto que para el padre el costo de oportunidad se traducirá en el poco tiempo que podrá disponer para la educación y recreación directa de sus hijos, a cambio de obtener los ingresos para la adquisición de insumos. Entonces, el padre maximizará los ingresos de la familia, mientras que la madre maximizará la crianza y la debida educación de los hijos¹⁰.

6. TOMASSI e IERULLI (2000) p. 114.

7. COOTER y ULEN (1998) p. 25.

8. La ley de la ventaja comparativa sostiene que los individuos deberían realizar actividades en que sus costos de oportunidad sean menores. Por su parte, el costo de oportunidad es un término que se refiere al costo económico de una alternativa sacrificada. COOTER y ULEN (1998) pp. 49-50.

9. DOMÍNGUEZ (2007) pp. 88-90.

10. Alguna jurisprudencia ha encontrado fundamento a la compensación económica

En este orden de ideas, la perspectiva productivista concibe al matrimonio como un contrato de duración indefinida cuyo estatuto normativo debe considerar proteger la inversión específica inicial de los cónyuges y evitar comportamientos oportunistas o estratégicos que, de permitirse, acarrearían un desincentivo a contraer matrimonio afectando el proceso de intercambio económico en este mercado específico¹¹. Indudablemente, es lo que se ha pretendido también con la regulación de los efectos jurídicos de las convivencias de carácter estable y permanente.

El modelo de RASUL¹², por su parte, hace hincapié en el papel que juega la percepción sobre los beneficios del matrimonio frente a los de permanecer soltero. El autor supone que las personas pasan por dos etapas. La inicial, cuando se encuentran por primera vez en el mercado matrimonial y reciben una señal de los beneficios potenciales del matrimonio, la que determina si para cada uno de los miembros de esta pareja es mejor casarse o permanecer soltero. La segunda etapa ocurre dentro del matrimonio. Las personas actualizan sus creencias previas acerca de los beneficios del matrimonio por la acumulación de experiencia durante éste. Esto determina si para una persona es mejor permanecer casada o divorciarse. El divorcio es, pues, una respuesta óptima a la nueva información recibida durante matrimonio.

Ahora bien, en cuanto a la decisión de divorciarse, ésta aparecerá cuando la utilidad esperada de seguir casado indefinidamente sea menor que la de separarse y, eventualmente, volver a casarse. Dicha utilidad esperada estará determinada en medida importante por el nivel de capital específico del matrimonio, así mientras más haya durado, existan hijos, proyectos comunes, etc., menor será la probabilidad de divorciarse.

en «el costo de oportunidad laboral, esto es, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia [...] Este costo podría semejar a la idea de lucro cesante, pero solamente por aproximación, porque no apunta a lo que se ha dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener que es distinto...». *Orlando Molina Salas con Olga Rosa Bravo Bravo* (2007).

11. Un comportamiento oportunista consiste en la conducta que defrauda las expectativas que sobre ella se ha formado legítimamente la otra parte, lo que sucede si el cumplimiento efectivo del contrato no es verificable. ALASCIO y MARÍN (2007) p. 10.

12. RASUL (2005): Disponible en: http://www.homepages.ucl.ac.uk/~uctpimr/research/mmarket_jleo.pdf, [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

Para BECKER una brecha entre el valor esperado y el valor efectivo del matrimonio aumenta la probabilidad de divorcio, puesto que en tal hipótesis al menos uno de los cónyuges deseará divorciarse y eventualmente encontrar una pareja que satisfaga dicha expectativa. Siguiendo a este autor, es deseable que las causales de divorcio actúen como un obstáculo a la salida del matrimonio para proteger principalmente a la mujer, frente a conductas oportunistas del hombre, una vez realizada la inversión específica de aquélla, que se intensifica en los primeros años del matrimonio, a diferencia de la inversión del marido que se intensifica en una etapa posterior.

Asimismo, BECKER plantea que la aplicación de una ley de divorcio acarrea mayores fracasos matrimoniales, dado que se disminuyen los incentivos para tomar la mejor decisión al elegir una pareja y los esfuerzos por mantener la convivencia conyugal.

En el mismo sentido, POSNER¹³ afirma que las leyes que no contemplan el divorcio vincular inducen a la búsqueda más cuidadosa del cónyuge, haciendo este error más costoso que en un sistema que lo permita, lo cual trae como efecto principal que los individuos tomen un tiempo mayor en adoptar esa decisión, madurando así en dicho proceso y disminuyendo la tendencia al error en la búsqueda. Este autor plantea que al poner trabas al divorcio se puede promover matrimonios más felices. En el mismo sentido, BARCIA explica que: «En la medida que el ordenamiento jurídico permite una mayor gama de posibles causales de nulidad o eximentes o atenuantes de responsabilidad, el deudor tendrá menos incentivos de cumplir el contrato. Que el Derecho establezca una amplia o muy estrecha gama de posibilidades de evitar el cumplimiento, afectará la realización del negocio y el nivel de inversión»¹⁴.

Personalmente no estoy de acuerdo con dicho planteamiento, porque no se trata mantener vigentes los matrimonios a toda costa sino de propiciar que la ruptura conyugal sea eficiente.

Además, porque siguiendo a RASUL¹⁵, las leyes que liberalizan el divorcio operan a través de dos canales. En primer lugar, en el stock existente de matrimonios, éstos tienen más probabilidades de acabar en divorcio pues no ven motivos para quedarse «atrapados» en un matrimonio del que preferirían sa-

13. POSNER (2003) p.146.

14. BARCIA (2004) p. 12.

15. RASUL (2005): Disponible en: http://www.homepages.ucl.ac.uk/~uctpimr/research/mmarket_jleo.pdf [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

lir, lo que provocaría un aumento en las tasas de divorcio y un desincentivo en la inversión de capital específico marital, lo que se conoce como efecto de tubería (*pipeline effect*). Pero, paradójicamente, un divorcio más fácil, a largo plazo, según este autor, disminuye la tasa de divorcios, pues con el tiempo los que optan por casarse seleccionan mejor a su pareja, lo que hace que la calidad de la unión matrimonial se eleve en el sentido de que tiene mayor probabilidad de permanecer intacta, si todo lo demás sigue igual. Es lo que el autor denomina efecto de selección (*selection effect*). Esto conduce a una caída en la tasa de divorcio de estado estacionario. Básicamente se trataría del aprendizaje que proviene del error, de una experiencia fallida y los deseos de superarla. Por lo tanto, contrariamente a lo que muchos piensan en el debate de la política pública que se ha centrado exclusivamente en el efecto de tubería, el análisis de RASUL muestra que una liberalización de las leyes de divorcio puede reducir las tasas de divorcio en el largo plazo y aumentar los incentivos para invertir en el matrimonio.

Es lo que quizá ha ocurrido en nuestro país, pues según el Servicio de Registro Civil e Identificación, las cifras de celebración de matrimonio durante el último lustro han experimentado un aumento: 57.836 durante 2009; 62.170 durante 2010; 66.132 en 2011; 65.290 en 2012; 63.413 en 2013 y 67.037 en 2014. Respecto al divorcio, se inscribieron 53.555 durante 2009; 51.530 durante 2010; 47.076 durante 2011; 48.571 en 2012; 48.272 en 2013 y 47.253 en 2014¹⁶.

A partir de estos datos se puede inferir que la introducción del divorcio vincular en nuestro ordenamiento jurídico no ha provocado un desincentivo para contraer matrimonio, por el contrario, lo ha propiciado, lo que podría deberse también en alguna medida a que muchas parejas que estaban separadas de hecho de sus cónyuges y convivían, regularizaron su unión casándose. Al mismo tiempo se observa una disminución en las tasas de divorcio. De hecho, Chile es uno de los países con menores tasas de divorcio en el mundo¹⁷.

Sin embargo, esto puede deberse a que el acceso al divorcio en nuestra ley de matrimonio civil no ha sido en absoluto irrestricto, sino que, por el contrario, ha contemplado diversos requisitos que resguardan la protección

16. Véase en <http://www.registrocivil.cl> [fecha de consulta: 3 de agosto de 2015].

17. Véase en: <http://www.economistaamerica.cl/sociedad-eAm-chile/noticias/5809896/05/14/Chile-es-con-mucha-diferencia-el-pais-con-menor-tasa-de-divorcios.html> [fecha de consulta: 3 de agosto de 2015].

del cónyuge más débil y del interés superior de los hijos¹⁸. Lo que nos parece acertado, puesto que no se puede desconocer que la ruptura puede llegar a generar la existencia de una o más familias paralelas que deberá mantener el mismo cónyuge sostenedor de la familia original, ante lo cual, sus recursos deberán multiplicarse para cumplir con dicha mantención, lo que no siempre podrá ser asumido por aquél, y si no es subsidiado por el Estado, provocará un empobrecimiento del cónyuge abandonado, en la mayoría de los casos la mujer junto a los hijos.

Así VELOSO plantea que: «Existen diversos estudios y numerosos antecedentes que muestran que, en todas las latitudes, producido el divorcio (separación o nulidad), la mujer disminuye drásticamente sus ingresos económicos; esto es, se empobrece; y consecuentemente se empobrecen los niños [...] La explicación de este fenómeno radica, en términos generales en una discriminación de género [...] por una parte, menos mujeres, en relación a los hombres, participan en el mercado de trabajo (trabajo remunerado). Las mujeres tienen más dificultades para incorporarse al mercado de trabajo y se incorporan en mayor número en trabajos precarios. De otra, las que están incorporadas reciben, en promedio, remuneraciones menores que los hombres; frecuentemente, carecen de pensiones de vejez o éstas son menores que las de sus ex cónyuges. Normalmente, las mujeres tienen menos propiedades inmuebles y en general un patrimonio de menor valor»¹⁹.

No otorgar tutela legal a esta situación significaría un daño social considerable que afectaría al principio de utilidad o de maximización de la riqueza, e incluso, indirectamente, al principio de distribución, puesto que en el evento de que el Estado asumiera un subsidio al cónyuge deudor incapaz de mantener más de una familia, desviaría estos recursos de otros escenarios más apremiantes, y ese subsidio se incorporaría a la decisión económica como garantía a un mínimo costo para el infractor, lo que a todas luces no resulta eficiente.

18. Así puede señalarse a vía de ejemplo, la exigencia de acreditar una causal, la prueba del cese de la convivencia incluso en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la necesidad de que el acuerdo que regule las relaciones posteriores al divorcio sea completo y suficiente para que haga fecha cierta del cese de la convivencia, y la cláusula de dureza en caso de demandar divorcio unilateral, esto es, que se pueda denegar si el demandante no ha dado cumplimiento a la obligación alimenticia respecto de su cónyuge e hijos.

19. VELOSO (2006) p. 172.

Al respecto, COX afirma que: «Cuando una pareja se separa, se deben mantener dos hogares en lugar de uno, con lo que los costos totales de vida aumentan. En general, esto es especialmente problemático para la mujer, no sólo porque ésta tiende a tener menor capacidad de generar ingresos, sino que también porque lo habitual es que los hijos, sobre todo los menores, se queden viviendo con ella y porque tiene, además, menor probabilidad de volver a emparejarse. En efecto, del total de personas separadas, divorciadas o anuladas que son jefas de hogar y que viven con hijos y sin pareja, un 84% son mujeres [...] no es casualidad que mientras del total de hogares chilenos el 33,7% tiene como jefe de hogar a una mujer, entre los hogares pobres las jefas de hogar mujeres alcanzan al 41,4% y entre los indigentes, al 47,8%. Es más, del total de hogares chilenos que están bajo la línea de la pobreza y cuyos jefes de hogar son mujeres, el 28,9% son separadas, divorciadas o anuladas (respecto de la población femenina adulta son sólo el 8%)²⁰.

La compensación económica desde la mirada del análisis económico del derecho

Según vimos, para el AED las personas se comportan como agentes maximizadores que consideran el costo y beneficio de su actividad. Vale decir, el paradigma es el del *homo economicus*, que persigue satisfacer sus propias preferencias.

Una objeción de entrada que podría plantearse es que este supuesto es incompatible con los principios de protección del cónyuge más débil y de solidaridad familiar que inspiran la figura de la compensación económica, o en otras palabras, que este enfoque no resultaría apropiado para el examen de esta materia donde priman intereses de índole más ética o altruista que puramente económica. Sin embargo, es preciso aclarar que el modelo se aplica con una finalidad más metodológica que empírica. Los representantes del AED se abstienen de efectuar algún juicio de valor acerca de la naturaleza de las preferencias de cada individuo, prescinden de toda introspección en la conciencia de las personas, concibiéndolas como poseedoras de un determinado registro de preferencias, las que pueden o no incorporar consideraciones espirituales.

Asimismo, basta revisar algunos de los fundamentos de la compensación

20. COX (2011) Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4946.html [fecha de consulta: 17 de marzo de 2015].

económica que ha dado la doctrina nacional, para advertir la absoluta pertinencia de aplicar postulados económicos a su análisis. Así, a propósito del principio de protección al cónyuge más débil, DEL PICÓ señala: «...se erige a partir de la especial atención que el juez procurará al cónyuge que al momento de la ruptura se encuentre en una condición de mayor vulnerabilidad por desequilibrio de sus posibilidades económicas, laborales, sociales y de salud, al momento de enfrentar las consecuencias de la separación en ciernes. La debilidad, en los hechos, se refiere al desmedro económico que le ocasionará la nueva situación que deberá enfrentar, lo que se manifiesta en factores como la mayor edad o la edad comparativa, el estado de salud, las posibilidades de acceso al mercado laboral, situación patrimonial, el no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o haberlo hecho en grado menor que el otro como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o labores propias del hogar»²¹. Creemos que la formulación del principio de protección al cónyuge más débil no viene sino a ser una manifestación de la teoría del incumplimiento eficiente del contrato, es decir, que la ruptura del matrimonio, o del acuerdo de unión civil, pueda resultar eficiente, teniendo en cuenta los daños o perjuicios que acarreará su término para el acreedor, en este caso, el cónyuge débil o desprotegido.

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

21. DEL PICÓ (2010) p. 136.

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 conyugal²².

Por su parte, BARRIENTOS y NOVALES, señalan que: «En relación con el valor del coste de oportunidad y de la calidad de la apuesta vital que supone para un cónyuge dedicar sus esfuerzos, tiempo y creatividad a su familia, no se puede pasar en silencio que son, habitualmente, las mujeres las que ‘suelen desear’ tomar o elegir tal opción. Pero, además es claro que el valor de los primeros años de una mujer (postadolescencia y primeros años de madurez) es mayor que los de un hombre en la misma época de su vida, pues el ‘valor’ de éste, en cuanto capital humano, suele aumentar con la edad, si bien este aumento es hasta un determinado límite. Agregan que: «Sobre este aspecto, normalmente no apreciado y valorado, algunos autores de la realidad jurídica anglosajona han intentado interesantes análisis tocantes a la idea de la calidad de la apuesta que realizan las mujeres en el matrimonio y a la ‘medición del capital humano’. Es, entre otros, COHEN que describe al matrimonio como un contrato especial en que las partes intercambian promesas de soporte matrimonial en que el valor de éste es crucialmente dependiente de la actitud con la cual se delibera el intercambio. Lo importante es que gran parte de los servicios domésticos, en sentido amplio, que presta la mujer tienen más valor en los primeros tiempos del matrimonio, mientras que el soporte ofrecido por el varón aumentará de valor progresivamente. Como las oportunidades de las partes pueden cambiar, podrán aparecer ante uno de ellos una serie de incentivos para romper el contrato. La justicia exigiría, entonces, que el divorcio impusiera a las partes unas indemnizaciones equivalentes al coste de encontrar un/a cónyuge de ‘valor equivalente’, ya que el marido puede estar tentado a tomar ‘los servicios tempranos’ de su esposa y abandonarla para disfrutar sus posteriores ingresos sin ella (efecto greener-grass). Ella, a su vez, tenderá a ‘merecer menos la pena’, a ser ‘menos valiosa’ en el ‘mercado matrimonial’, de manera que tendrá menos posibilidades de encontrar un nuevo cónyuge...»²³.

Entonces sucede que, en el ámbito del matrimonio, es perfectamente posible, desde una perspectiva económica, que el bienestar de una persona dependa no solo de los bienes propios de que disponga sino que también, parcial-

22. LEPÍN (2012) Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=So718-00122012000100002&script=sci_arttext [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

23. BARRIENTOS y NOVALES (2004) pp. 408-409.

mente, del bienestar de otras personas, su cónyuge, su conviviente, sus hijos, sus familiares.

Ahora bien, en relaciones prolongadas en el tiempo, como en un matrimonio o convivencia de larga duración, «un individuo se comporta de forma altruista con la esperanza de que, llegado el momento, le correspondan de la misma manera»²⁴. Se trataría de una suerte de altruismo racional recíproco²⁵. En este caso, la expectativa se refiere al grado de inversión en bienes familiares, la que se vería afectada con un comportamiento oportunista.

Siguiendo a ALASCIO y MARÍN²⁶, el comportamiento oportunista a estos efectos podría consistir, por una parte, en que uno de los contrayentes se aproveche de la inversión específica del otro, gozando de los frutos de la inversión y no ocurra de forma recíproca. La mujer, preponderantemente, aportará su trabajo doméstico y el cuidado de sus hijos, bienes del «no mercado», cuyos frutos se generan de inmediato en el matrimonio, mientras que el marido, invertirá en bienes de mercado cuyos frutos se darán al final del mismo, entonces, la mujer resultará con un daño irrecuperable puesto que ha dejado de invertir en el sector mercado y tampoco aprovechará los frutos de los bienes adquiridos por el marido que provoca o decide el divorcio. También la conducta oportunista podría darse, según estos autores, cuando el nivel de esfuerzo para la inversión en bienes familiares de una de las partes es inferior a las expectativas del otro.

Por estas consideraciones estimamos que se justifica plenamente, en tér-

24. CABRILLO (1996) p. 27.

25. Marechal explica que: «Otra forma para dar cuenta del altruismo fue propuesta por el biólogo y sociólogo americano Robert Trivers (1971) a través de la noción de reciprocidad. Su teoría, denominada altruismo recíproco, puede dar cuenta de casos de comportamiento altruista entre individuos no emparentados, hecho que la teoría de la selección de parentesco no podía explicar. Esta idea supone que un individuo realizará un sacrificio con la expectativa de obtener un beneficio que aumentará su propia supervivencia y capacidad reproductiva a largo plazo. Esta explicación fue influenciada por la teoría de juegos y dio lugar a modelos matemáticos de cómo se favorece la transmisión de estos rasgos [...] Frente a una oportunidad de cooperar, la mejor estrategia para el individuo es hacerlo ante la expectativa de una devolución del ‘favor’ a largo plazo». MARECHAL (2009) Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-31662009000300005&script=sci_arttext [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

26. ALASCIO y MARÍN (2007) p. 11.

minos de eficiencia, la introducción de la compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil (LMC) y, recientemente, en la Ley de Acuerdo de Unión Civil (LAUC)²⁷, constituyéndose en un mecanismo concreto a disposición de los tribunales para desincentivar conductas oportunistas que lesionan las expectativas de los contrayentes que constituyen la motivación para contraer matrimonio o celebrar un pacto de unión civil. Y también sirve para propiciar el incumplimiento eficiente de los contratos conyugales.

Veamos en qué términos ha sido contemplada. El artículo 61 de la LMC dispone: «Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa»²⁸. Es patente la distinción que hace el precepto entre las labores del sector de mercado y las del sector de no mercado a que nos referimos *supra*.

Por su parte, el artículo 62 de la misma ley señala: «Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge». Como puede advertirse, los parámetros que ha

27. Aunque para el caso del Acuerdo de Unión Civil, el plazo para solicitar compensación económica es bastante breve, pues el artículo 27 inciso final dispone que si el acuerdo terminare por aplicación de lo previsto en la letra e) del artículo 26 de esta ley (por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles), la notificación de la terminación unilateral deberá contener mención de la existencia de este derecho, así como la constancia de la fecha en la que fue subinscrita la terminación. En este caso, la compensación económica podrá demandarse ante el tribunal de familia competente, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de subinscripción de la terminación del acuerdo de unión civil en el Registro Civil. Lo que resulta preocupante considerando que la falta de notificación no afecta el término del acuerdo y no se puede alegar su ignorancia, transcurridos 3 meses desde la subinscripción. Ley 20.830, de 2015.

28. Ley 19.947, de 2004.

de tener en cuenta el juez para la evitación de conductas oportunistas en un escenario de ruptura matrimonial son de diversa índole.

Y creemos que tal evitación solo será posible si se hace una interpretación amplia de las normas que la regulan, como propone CORRAL al indicar que: «...no consideramos esencial, sino solo prototípico, el supuesto del art. 61. El juez podría basarse en otro criterio que no fuera el tipo de dedicación que tuvo la mujer o el cónyuge más débil económicamente²⁹. Pero, en tal caso, ¿podría considerar un criterio que no esté mencionado en el art. 62? Nos parece que la respuesta a esta interrogante debe ser afirmativa [...] Por ello bien puede el juez considerar que existe un menoscabo económico derivado del divorcio que da derecho a la compensación sobre la base de otro elemento que no haya sido expresamente considerado por estas normas»³⁰.

A este respecto resulta interesante observar que un fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, aunque con un razonamiento económico no formalizado, recoge este planteamiento al fijar una compensación en favor de la mujer, quien además de trabajar, asume exclusivamente el cuidado de las hijas, costeadando al marido una carrera universitaria y manteniéndolo prácticamente los 27 años de convivencia³¹. Claramente lo que se sancionó en este caso fue su conducta oportunista.

En este sentido, GUERRERO defiende una interpretación de carácter asistencial de la compensación económica planteando que: «la postura [...] que tiene como supuesto el cumplimiento de los requisitos del artículo 61, creo que está en el sentido correcto, pero en la medida que se desvincule de una aplicación de derecho estricto del artículo 61, ya que la mirada ineludible a dicho artículo estimo que restringe la institución ya que aun no cumpliéndose los supuestos del artículo 61 —la mujer trabajó cuanto pudo y quiso— es posible que no se proteja el interés del cónyuge más débil ni se concilie la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges. Por ejemplo, supuesto el caso de la mujer que trabaja a tiempo completo con una baja remuneración, que además se preocupa prioritariamente de su hogar y del

29. TURNER (2005) p. 482.

30. CORRAL (2007) Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100003 [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

31. *Eduvigis del Carmen Véjar García con Roberto Osvaldo Soto Oyarzo* (2006) Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200013 [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

cuidado de los hijos comunes, a diferencia de su marido con altos ingresos y sólo centrado en su actividad profesional, mujer respecto de la cual se cumplen algunos de los supuestos del artículo 62 para determinar la existencia y cuantía de la compensación económica, como estado de salud, situación previsional o cualificación profesional. Pues, en este caso, en la mirada que siempre ha de revisarse primeramente el cumplimiento de los requisitos del art. 61 de la LMC, no procedería compensación económica para esta cónyuge más débil, vulnerando creo lo dispuesto en el art. 3 de la LMC. Estimo que una mirada integral la entregan los artículos 3 y 60 de la LMC, cumpliendo la institución de la compensación económica una función asistencial, cuyo origen, fundamento y límite está en una vinculación económica ‘asistencial’ que permita iniciar una vida futura separada al cónyuge más débil, por mandato del artículo 3 y permitido por el artículo 60...»³².

No obstante, este planteamiento no es en absoluto pacífico, pues hay autores que propugnan la estrictez por parte de los jueces en la interpretación de las normas que regulan la compensación económica, señalando, por ejemplo, que si no se solicita expresamente en juicio de nulidad o de divorcio, no puede decretarse de oficio pues se trataría de un derecho renunciabile.

Así, CÉSPEDES y VARGAS sostienen que: «...no estamos ante un derecho personalísimo, es decir, de aquellos que no pueden renunciarse, transferirse ni transmitirse, porque, de ser así, el legislador lo habría dicho expresamente [...] Esta, creemos, es la razón de por qué la ley estableció expresamente la prohibición de renunciar al crédito de participación en los gananciales, porque, de lo contrario, habría sido perfectamente renunciabile [...] De otro punto de vista, si se puede renunciar a los gananciales de la sociedad conyugal anticipadamente, que, en teoría, son de mayor entidad que el crédito de participación, no avizoramos razones para negar la renunciabilidad anticipada de la compensación económica [...] Con respecto a la renuncia efectuada durante la tramitación de la demanda de divorcio o nulidad o con posterioridad a su determinación, no vemos inconveniente en ello, pues, es plenamente aplicable el artículo 12 CC [...] Finalmente nos referiremos a la renuncia tácita, es decir, aquella que tiene lugar cuando no se ha solicitado de ninguna forma la pensión compensatoria. Creemos que es plenamente procedente, toda vez

32. GUERRERO (2008) Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-09502008000200004&lng=es&nrm=iso> [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2015]. .

que el juez no puede concederla de oficio: no procede su concesión si no ha sido demandada»³³.

En el mismo sentido, BARCIA sostiene que: «La crítica más fuerte a esta figura puede provenir si se analiza el quiebre matrimonial ‘ex ante’ en lugar de ‘ex post’. Los sectores que desean impedir el divorcio interpretan la compensación económica de forma extensiva y de este modo encarecen el quiebre del matrimonio, es decir, lo hacen más difícil o más caro para el cónyuge deudor. Pero, si se analiza el ámbito de aplicación de la compensación económica ex ante, es decir, antes de celebrar el matrimonio, esta regulación extensiva se percibe como un costo no negociable por las partes, y ello lleva a que las parejas no se casen. De este modo, el entender simplemente la compensación económica como una figura que se aplica de forma indiscriminada y extensiva, contrariamente a lo que pueda pensarse puede hacerle un flaco favor al matrimonio, desde que encarece la decisión de casarse»³⁴.

Aunque en mi opinión la aplicación amplia de la compensación económica, siguiendo a BECKER, RASUL y POSNER, debiera operar más bien como desincentivo a la decisión de casarse a la ligera, vale decir, un incentivo a seleccionar mejor a la pareja, lo que a su turno, incide en la preservación de los matrimonios «seriamente contraídos», lo que no debiera mirarse de ningún modo como una amenaza a esta institución.

Por su parte, TRONCOSO explica el rol que cabe al juez de familia en la fijación de la compensación al indicar que: «el cónyuge que desee obtener la compensación económica puede pedirla en la correspondiente demanda. Si no se pide en la demanda, el juez debe informar a los cónyuges que les asiste este derecho en la audiencia de conciliación, pudiendo en tal caso procederse a la complementación de la demanda para solicitar dicha compensación. También puede solicitarse en la reconvención». Más adelante agrega que en caso que se acoja la demanda de nulidad de matrimonio o de divorcio, el juez deberá, en su sentencia, pronunciarse sobre la compensación económica, determinando su procedencia y su monto, en caso de dar lugar a ella, y la forma de pago»³⁵.

Al respecto, QUINTANA indica que: «El artículo 64 inciso 2º establece: ‘Si no

33. CÉSPEDES y VARGAS (2008) Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000300003&script=sci_arttext [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

34. BARCIA (2011b) p. 322

35. TRONCOSO (2008) p. 107.

se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia de conciliación'. En general, los tribunales de justicia han cumplido con este deber y es digno de resaltar que cuando lo han omitido los magistrados, han suplido su silencio otros funcionarios del poder judicial»³⁶.

Respecto a su renunciabilidad, BARCIA y RIVEROS se pronuncian a favor, en la medida que no se afecte el núcleo fundamental del derecho, su carácter asistencial³⁷. Por su parte, GÓMEZ DE LA TORRE plantea la renunciabilidad de la compensación económica, manifestando que «la ley no se pronuncia respecto de la renuncia de la compensación, pero podría hacerse por aplicación

36. Agrega que: «Este es el caso del fallo rol 260-2008, de la Corte de Apelaciones de Iquique, de fecha 12 de mayo de 2008, que, conociendo de una consulta, señala: 'Visto y oído: Con fecha 23 de abril ppdo. (fojas 7), don Teddy Thompson Cáceres, Jefe Administrativo de Causas del Tribunal de Familia de Iquique, certificó que habiendo escuchado el audio de la presente causa, no hay constancia en él de haberse dado información a las partes sobre la compensación económica contemplada en la Ley de matrimonio civil [...]. 5° Que hay que dejar asentado que si bien, como se señaló, la señora Juez no hizo una advertencia formal del derecho a la compensación económica, que en este caso debería haberse efectuado a la demandante, de los antecedentes aportados al juicio no se divisa que el demandado esté en condiciones de efectuar algún aporte económico, lo que la demandante tampoco pretende pues incluso se desistió de la petición de alimentos por las hijas comunes, interesándole únicamente el divorcio. 6° Que, en el artículo 25 de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, se reglamenta la nulidad procesal para los procedimientos de esta especialidad, y se establece como requisito esencial para su procedencia la existencia de perjuicio para las partes. En el caso sub lite se aprecia que la única parte que podría resultar perjudicada con la infracción cometida por la señora juez de familia, al no dar cumplimiento al artículo 64 de la Ley de matrimonio civil, sería la cónyuge demandante, pero atento a su situación personal y familiar, le resultaría más perjudicial la casación del presente juicio, por una cuestión meramente formal, para obtener una eventual declaración de un hipotético derecho que en la práctica no se podrá concretar por lo que esta Corte no hará uso de la facultad de invalidar de oficio'. Así, no obstante la existencia del vicio, se resolvió no casar de oficio la sentencia, pues habría resultado perjudicial para ambas partes». QUINTANA (2008) Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200006&script=sci_abstract. [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

37. BARCIA y RIVEROS (2011) Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a02.pdf> [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

del artículo 12 [...] es una situación similar a la renuncia de los gananciales en la sociedad conyugal»³⁸. En el mismo sentido LEPÍN, que plantea incluso su renuncia tácita³⁹.

Personalmente estimo que la compensación económica debe tener el carácter de irrenunciable, por cuanto el cónyuge más débil, en cuyo favor opera la figura se encuentra en una situación de vulnerabilidad⁴⁰, y por razones de eficiencia se justifica en cierto grado una actitud paternalista del legislador y de los tribunales.

Lo que queremos decir es que dándose la situación de un contrayente débil, que quedará en una situación desmedrada una vez materializada la ruptura conyugal, el juez debiera fijar compensación económica de oficio, aun cuando no le haya sido solicitada e incluso se haya renunciado a ella, lo que no implica que se impida a las partes su fijación de común acuerdo.

Solo en la medida que los cónyuges tengan la certeza que si el matrimonio se termina y no se cumple lo prometido al contraerlo se puede recurrir a la tutela del Derecho, funcionará eficientemente el mercado del matrimonio y habrá incentivo para cooperar e invertir en él. Lo propio ocurrirá con las convivencias de carácter estable y permanente que regula la nueva ley.

La intervención de los tribunales de familia en la fijación de la compensación económica se justifica también en el sentido de que proporciona a las partes información sobre cómo será su suerte en esta materia. Así, si el acreedor, en este caso, el cónyuge débil, recibe el mensaje de que será subcompensado, ello propiciará su determinación mediante acuerdos privados, lo que reducirá los costos de transacción.

Ahora bien, no estamos planteando que las compensaciones económicas sean fijadas en montos desmedidos por los jueces pues ello también generará distorsiones en el mercado matrimonial. Para que el quiebre del contrato matrimonial sea eficiente, los tribunales deberán ponderar en cada caso concreto el menoscabo económico real del cónyuge o conviviente civil más débil (sus expectativas rotas), no sobrevalorarlo, pues de ser así, se generará un incentivo

38. GÓMEZ DE LA TORRE (2005) p. 8.

39. LEPÍN (2012) Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122012000100002&script=sci_arttext [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

40. GUERRERO (2008) Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200004&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

para prolongar matrimonios infelices. Mientras que, la subvaloración de tal menoscabo propiciará las rupturas matrimoniales con excesiva facilidad.

En este sentido, BARCIA sostiene que «es posible entender la compensación económica, conforme al AED, como un mecanismo a través del cual se promueven contratos de asignación del trabajo al interior de la familia. De este modo, *ex ante* un cónyuge descansará en el ordenamiento jurídico, que le asegura que si se dedica a apoyar el éxito profesional del otro cónyuge o al hogar común, es decir, al cuidado de los hijos, posteriormente a la ruptura será compensado por ello [...] De este modo, la mayoría de las mujeres —que son en la generalidad de los casos «el cónyuge débil»— saben que si se dedican al hogar común y, luego, la relación se rompe, podrán acceder a una compensación económica, relacionada con lo aportado al matrimonio, de haber sido el marido exitoso. Ello las llevará a adoptar conductas cooperativas con relación a la división del trabajo». Asimismo concluye que, «...esta regulación va en la dirección correcta por cuanto reconoce que el trabajo en el hogar ‘genera riqueza’»⁴¹.

Por otro lado, PIZARRO alude precisamente a lo problemático que resulta la determinación de su cuantía: «La tarea más ardua, entre otras, que han enfrentado los jueces en aplicación de la LMC ha sido determinar la cuantía de la compensación económica. Verificada la existencia del menoscabo económico generado por reunirse en el cónyuge demandante las condiciones previstas en el artículo 61 de la LMC, con el auxilio de los criterios específicos reseñados en el artículo 62, el juez se encuentra en situación de cuantificar el monto de la compensación a que será condenado el cónyuge deudor. El juez debe fijar un monto único, sin perjuicio de las modalidades o parcialidades a que estará sujeto el pago. El estado actual de la cuestión en la doctrina nacional es más bien desalentador. La mayoría de los autores ha renunciado a proponer algún ejercicio para cuantificar la compensación o sólo se ha limitado a la descripción de los parámetros previstos en el artículo 62 de la LMC»⁴².

Ciertamente, la cuantificación del menoscabo y de la compensación no resulta nada sencillo. Al respecto BULLARD plantea que «para que la indemnización sea plenamente compensatoria, el monto en dinero recibido por daños debe poner al acreedor en la misma situación en la que se encontraría si el

41. BARCIA (2011) p. 195.

42. PIZARRO (2009) Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n1/arto2.pdf> [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

contrato se hubiere cumplido»⁴³. Este autor agrega que la dificultad aumenta si los tribunales se guían únicamente por las apreciaciones subjetivas de las partes involucradas. Entonces, siguiendo a este autor, creemos que para que no se subestime ni sobrevalore el quantum de la compensación, se debe cuantificar lo que implicará para el acreedor, en este caso, el contrayente más débil, la pérdida del estatuto protector del matrimonio, o del acuerdo de unión civil. Por ello y de conformidad con el artículo 62 de la LMC⁴⁴, se ha de tener especialmente en cuenta los criterios de estado de salud del beneficiario, sus posibilidades de acceso al mercado laboral, edad y situación patrimonial de ambos contrayentes y preguntarse cuánto pierde el cónyuge débil con la ruptura de cara al futuro, en términos de costos por vivienda, alimentación, salud, previsión, herencia, etc.⁴⁵.

Otro concepto del AED muy pertinente para el análisis del tema que nos ocupa, es el denominado máximo paretiano, es decir, una «...situación ideal, en virtud de la cual la asignación de recursos en una sociedad es perfecta, de tal forma que sólo es posible mejorar la situación de uno de los integrantes per-

43. BULLARD (2012) p. 80.

44. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Valdivia en recurso de apelación Rol 621-2006, resolvió que: «Primero: El término del matrimonio ha significado para la cónyuge la privación del efecto previsional que tenía para ella la afiliación de su marido al sistema que no solo tiene efectos para el imponente mismo, sino que también para su cónyuge: pensión de viudez, retiro de fondos, sobrevivencia». *María Angélica Freixenet Flores con Carlos Fierro Arias* (2006). Disponible en: <http://www.jurischile.com/2010/06/compensacion-economica.html> [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

45. En el mismo sentido, la Corte Suprema en recurso de casación en el fondo, Rol 578-2010, resolvió: «De allí entonces que la reparación que se impone por la ley busca corregir este desequilibrio entre las partes, a fin de que las mismas puedan enfrentar individualmente el futuro, protegiéndose de esta manera a la que ha tenido la condición de más débil. Esto encuentra justificación en que precisamente al producirse el término del vínculo matrimonial que unía a las partes, deja de tener causa tal detrimento, el que durante la vigencia del mismo se veía compensado con las obligaciones y deberes que la ley establece para la institución del matrimonio, como el deber de asistencia y socorro que existe entre los cónyuges del que derivan entre otras, la obligación de proporcionar alimentos». *Pamela Andrea Yáñez Contreras con Horacio Alberto Mesa Alborno* (2010). Disponible en: <http://centrodelafamilia.uc.cl/Descargar-documento/397-El-calculo-de-la-compensacion-economica-no-es-un-ejercicio-puramente-aritmetico.21.06.10.html> [fecha de consulta: 14 de julio de 2015].

judicando a otro» y su criterio corrector de KALDOR-HICKS, conforme con el cual, «...la parte que está mejor, como consecuencia de la relación comercial, debe poder compensar a la parte o terceros»⁴⁶.

Siguiendo a BULLARD, el óptimo de Pareto no implica que todos queden contentos, sino que dado el escenario existente, se logre la mejor distribución posible maximizándose el bienestar individual y con ello el del grupo en su conjunto, por ello se habla de «óptimo», o sea, se obtiene el mayor provecho posible, dada la dotación de recursos existentes, lo que no es sinónimo de satisfacción de todos, sino de estar lo mejor posible, dado lo que tenemos disponible⁴⁷.

De acuerdo con estos postulados, la compensación económica contribuirá a una ruptura eficiente del matrimonio o del acuerdo de unión civil si, en términos de utilidad, gracias a ella es más beneficioso para los cónyuges o convivientes civiles separarse que permanecer juntos. Esto ocurrirá en la medida que el cónyuge o conviviente civil que prefiere o provoca el divorcio o el término del pacto, esté en condiciones de cubrir la pérdida de utilidad sufrida por el otro —por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar que ha impedido absoluta o parcialmente avocarse a un trabajo con resultados económicos—, bastando la mera posibilidad de compensación y no la compensación efectiva, para arribar a un resultado eficiente. Esto, porque es suficiente que exista como garantía ante la incertidumbre de la ruptura matrimonial para promover la confianza en la inversión de bienes familiares.

Por último, para el AED es deseable una reducción de los costos de transacción de toda actividad, que en el caso de la compensación, se vincularían con la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia para solicitar su fijación. En este sentido, la regulación debiera incentivar a las partes a efectuar negociaciones privadas, por ejemplo, mediante capitulaciones matrimoniales celebradas con anterioridad al matrimonio, en el acuerdo completo y suficiente que siga al cese de la convivencia.

Si bien el artículo 63 de la Ley de Matrimonio Civil admite esta posibilidad, la supedita a la aprobación judicial, pero CORRAL observa que «es necesario que los jueces ejerzan efectivamente esta función de control que les asigna la ley y que no se sientan liberados de esta tarea por el hecho de que las partes

46. BARCIA (1998) p. 153.

47. BULLARD (2008) p. 48.

estén de acuerdo en convenir una determinada compensación»⁴⁸, agregando que: «la experiencia judicial incipiente, a la que hemos accedido, parece mostrar una cierta displicencia por el tema por parte de los jueces que están más interesados en que se acredite la causal de divorcio que en valorar la procedencia y cuantía».

Al respecto, LEPÍN explica: «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 puede modificar o completar el convenio regulador. 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 artículo 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 juez debe intervenir incluso modificando o complementando el acuerdo, aplicando por analogía el artículo 31 NLMC, norma esta que autoriza al juez en la sentencia a ‘subsana sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente’; y, además, por aplicación del principio de actuación de oficio que inspira los procedimientos que se desarrollan ante los tribunales de familia. No compartimos dicho criterio, ya que resulta por lo menos dudosa la aplicación por analogía del citado artículo 31, toda vez que esta norma sólo puede aplicarse a la separación judicial. Además, existen razones que justifican la aplicación exclusiva de este precepto en esta materia, una de las cuales es la subsistencia del matrimonio»⁴⁹.

Personalmente estimo que la reducción de los costos de transacción en la fijación de la compensación beneficia al cónyuge que la demanda, quien al momento de transigir ponderará las desventajas del juicio como tiempo de espera, carga de la prueba, incertidumbre del resultado, honorarios por asesoría, entre otras. BEJARANO señala que: «Cooter y Ulen hacen extensas aplicaciones de la teoría económica al proceso legal [...] Repasan, entre otros aspectos, las implicaciones del hecho de que la mayoría de las disputas privadas no se

48. CORRAL (2007) Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-34372007000100003 [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

49. LEPÍN (2012) Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=So718-00122012000100002&script=sci_arttext [fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].

resuelven en los tribunales; establecen las condiciones bajo las cuales conviene demandar según los daños que causan las disputas, el costo de presentación de una reclamación, y el valor esperado de la reclamación; examinan así mismo las implicaciones de la oferta de servicios legales, la eficiencia de la aplicación de la justicia y exploran el mercado de los servicios legales como un juego de agencia en la perspectiva de los incentivos de los abogados para ofrecer información y esfuerzos a sus clientes⁵⁰.

Por idéntico motivo, consideramos acertada la reforma que introdujo hace ya varios años la Ley 20.239 (D.O. 08.02.2008) que liberó de impuesto a la renta a las compensaciones originadas al término del matrimonio, desechando la interpretación del Servicio de Impuestos Internos vigente hasta entonces, en orden a considerar renta las compensaciones originadas en acuerdo de las partes, conocida erróneamente como «impuesto al divorcio»⁵¹.

50. BEJARANO (1999) p. 155.

51. Decimos que se le llamó erróneamente «impuesto al divorcio» porque en realidad la propia compensación es un gravamen al divorcio, entonces al ponerle trabas a la compensación, lo que ocurría era que se desgravaba al divorcio. Esta reforma fue de gran importancia en orden a disminuir los costos de transacción en la fijación de la compensación, por cuanto antes de su entrada en vigencia, el Servicio de Impuestos Internos había interpretado que solo se excluía de la consideración de renta para efectos de su tributación, a las compensaciones fijadas por sentencia judicial, mas no a las fijadas en una transacción o avenimiento, lo que evidentemente generaba un desincentivo a la negociación privada de los cónyuges. En el Oficio 2890 de 11 de octubre de 2007 del Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, cuya materia se titulaba «Tratamiento tributario de compensación económica acordada entre las partes mediante transacción en juicio de divorcio al amparo del artículo 63° de la Ley 19.947, sobre Matrimonio Civil», el organismo concluía que, si bien su criterio era considerar que la naturaleza jurídica de la compensación económica establecida en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, como la de una indemnización por daño moral, no es menos cierto que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17 núm. 1 de la Ley de la Renta, la indemnización por daño moral constituirá un ingreso no renta, solo en la medida que haya sido establecida por sentencia ejecutoriada. Mientras que las sumas recibidas por un cónyuge originadas en una indemnización convencional pactada con el otro mediante un avenimiento o transacción, de acuerdo a lo previsto en el artículo 63 de la Ley de Matrimonio Civil, constituye para la parte que la reciba un ingreso afecto a la tributación normal establecida en la Ley de la Renta, esto es, al impuesto de Primera Categoría y Global Complementario o Adicional, según correspondiera.

Conclusiones

El gran aporte del análisis económico al Derecho fue proporcionar una teoría científica para pronosticar los efectos de las normas legales sobre el comportamiento de los individuos y junto con ello iluminar acerca del deber ser de las normas conforme al principio de eficiencia.

Su carácter eminentemente instrumental permite aplicarlo a las más diversas materias jurídicas, incluido el Derecho de Familia, revisando si sus normas promueven verdaderamente el mayor bienestar o utilidad individual y social.

Específicamente, creo que su aplicación a la figura de la compensación económica permite advertir si existe coherencia entre la finalidad de proteger al cónyuge más débil y la tipificación y aplicación jurisprudencial de la normativa que la regula. Para estos efectos, el cónyuge más débil es aquel que soporta a un mayor costo las consecuencias de la ruptura matrimonial.

Al principio de este trabajo planteamos las interrogantes: ¿Es eficiente la asignación de recursos o responsabilidades en la regulación de la compensación económica por la nueva ley de matrimonio civil? O en otras palabras, la regulación de esta figura en favor del cónyuge más débil ¿Generará mayor satisfacción individual y social?

Durante su desarrollo espero haber podido corroborar que la respuesta a estas interrogantes es afirmativa, la ley es eficiente y debiera generar mayor bienestar individual y social, puesto que ha asignado acertadamente las responsabilidades.

En efecto, si consideramos el divorcio como la consecuencia del incumplimiento del contrato matrimonial, la eliminación de las restricciones al divorcio rebaja los costos del incumplimiento. Esto implica que las obligaciones de los cónyuges quedan sin contenido, se lesiona la confianza y expectativas de las partes, lo que provoca una disminución de la inversión específica en bienes familiares. Evidentemente, esto afecta al principio de la utilidad o maximización de la riqueza.

Ante este escenario, la función del Estado es incentivar la cooperación entre los miembros de la familia, cualquiera que sea la estructura familiar, tanto más con la reciente regulación de los acuerdos de unión civil y la extensión de la compensación económica al conviviente civil más débil.

Entonces, la compensación económica opera como un mecanismo que favorece rupturas eficientes, en la medida que el contrayente que prefiere o provoca el divorcio esté en condiciones de cubrir la pérdida de utilidad sufrida por

el otro —por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar que ha impedido absoluta o parcialmente avocarse a un trabajo con resultados económicos—, bastando la mera posibilidad de compensación y no la compensación efectiva, para arribar a un resultado eficiente.

En este sentido, la compensación refuerza la señal de contraer matrimonio —o en su caso, de celebrar acuerdos de unión civil—, porque resguarda debidamente las expectativas de las partes al contraerlo, operando como una verdadera garantía ante la incertidumbre de la ruptura, desincentivando conductas oportunistas derivadas de la realización de diferentes niveles de esfuerzo durante el mismo.

Finalmente, es deseable que las decisiones de los tribunales, al momento de determinar su procedencia y cuantía, tengan en cuenta los beneficios y los costos asociados a la situación particular sometida a su conocimiento. Asimismo, creo que una aplicación demasiado restrictiva de la compensación económica por los tribunales generará una disminución ostensible de los costos de transacción del divorcio, un estímulo a la solicitud de éste, y a largo plazo un aumento en los niveles de pobreza de los cónyuges abandonados o débiles, en su gran mayoría mujeres.

Referencias

- ALASCIO, Laura y MARÍN, Ignacio (2007): «Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo». En *Revista InDret*, N° 395, Enero 2007, pp. 4-5. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78717/102793> [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].
- ALFARO, Jesús (2007): «Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho». En *Revista InDret*, N° 417, Enero 2007, 13 p. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/417_es_1.pdf [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].
- BARCIA, Rodrigo (1998): «Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho». En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 4, N° 2, pp. 149-175.
- BARCIA, Rodrigo (2004): *Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del Análisis Económico*. En Pizarro, Carlos. *Cuadernos de Análisis Jurídico: Colección de Derecho Privado, Tomo I: Responsabilidad Civil* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales).
- BARCIA, Rodrigo (2011): «Análisis económico del derecho de familia: una bre-

- ve mirada al derecho de familia como una forma de promover la estabilidad del matrimonio». En *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, Universidad de Chile, Nº 4, pp. 189-203. Disponible en: <http://www.rmdd.uchile.cl/index.php/RMDD/article/viewArticle/18717> [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].
- BARCIA, Rodrigo (2011): *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago de Chile, Thomson Reuters Puntolex), 598 p.
- BARCIA, Rodrigo y RIVEROS, Carolina (2011): «El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia». En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 27, Diciembre 2011, pp. 93-113. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000200002 [fecha de consulta: 3 de agosto de 2015].
- BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu (2004): *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno* (Santiago de Chile, Lexis Nexis), 472 p.
- BEJARANO, Jesús Antonio (1999): «El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos». En *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, Vol. 1, Nº 1, pp. 155-167. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41900110> [fecha de consulta: 3 de agosto de 2015].
- BULLARD, Alfredo (2012): «La economía de los contratos». En COOTER, Robert y ACCIARI, Hugo. *Introducción al Análisis Económico del Derecho* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), 318 p.
- CABRILLO, Francisco (1996): *Matrimonio, familia y economía* (Madrid, Minerva Ediciones), 336 p.
- CÉSPEDES, Carlos y VARGAS, David (2008): «Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España». En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 35, Nº 3, Diciembre 2008, pp. 439-462.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998): *Derecho y Economía* (México: Fondo de Cultura Económica), 686 p.
- CORRAL, Hernán (2007): «La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial». En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 34, Nº 1, Abril 2007, pp. 23-40.
- COX, Loreto (2011): «Divorcio en Chile. Un análisis preliminar tras la nueva Ley de Matrimonio Civil». En *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Nº 123, 2011. Disponible en: <http://www.cepchile.cl/dms/archi->

- vo_4946_3028/rev123_LCox.pdf [fecha de consulta: 3 de agosto de 2015].
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2007): «La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil». En *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 15, Diciembre 2007, pp. 83-92.
- DEL PICÓ, Jorge (2010): *Derecho Matrimonial Chileno* (Santiago de Chile, Legal Publishing), 459 p.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2005): *Compensación económica en la nueva Ley de matrimonio civil* (Santiago de Chile, Colegio de Abogados de Chile A.G.), p. 8.
- GUERRERO, Jorge (2008): «Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial». En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXI, N° 2, Diciembre 2008, pp. 85-110.
- LEPIN, Cristian (2012): «La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica». En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 18, N° 1, 2012, pp. 3-36.
- MARECHAL, Patricia (2009): «Selección de grupo y altruismo: el origen del debate», en *Scientiae Studia*, Universidade de São Paulo, Vol. 7, N° 3, 2009, pp. 447-459.
- MARMOLEJO, Crispulo (2003): «Divorcio y Law & Economics» en *Revista Realidad*, Año 8, N° 70. Disponible en: <http://www.revistarealidad.cl/2003/n70/economia2.html> [fecha de consulta: 3 de agosto de 2015].
- PIZARRO, Carlos (2009): «La cuantía de la compensación económica». En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXII, N° 1, Julio 2009, pp. 35-54.
- QUINTANA, María Soledad (2008): «Aplicación jurisprudencial de las nuevas causales de terminación del matrimonio». En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 31, pp. 267-288.
- RAMOS, René (2005): *Derecho de Familia* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tomo I), 668 p.
- RASUL, Imran (2005): «Marriage Markets and Divorce Laws» en *Journal of Law, Economics, and Organization Advance Access*. Disponible en http://www.ucl.ac.uk/~uctpimr/research/mmarket_jleo.pdf [fecha de consulta: 3 de agosto de 2015].
- TOMASSI, Mariano y IERULLI Kathryn (eds.) (2000): *Economía y sociedad* (Madrid, Cambridge University Press), 254 p.

- TRONCOSO, Hernán (2008): *Derecho de Familia* (Santiago de Chile, Legal Publishing, undécima edición), 405 p.
- TURNER, Susan (2005): «Las circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y Función». En VARAS, Juan Andrés y TURNER, Susan (coord.). *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia* (Santiago de Chile, Lexis Nexis), 482 p.
- TURNER, Susan (2006): «Sentencia sobre Requisitos de Procedencia y finalidad de la Compensación Económica (Corte de Apelaciones de Valdivia)». En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XIX, Nº 2, Diciembre 2006, pp. 265-273.
- VELOSO, Paulina (2006): «Algunas reflexiones sobre la compensación económica». En *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Nº 13, pp. 171-187.
- PUNTOLEX, Departamento de Estudios Jurídicos (2010): *Jurisprudencia de la Compensación Económica en el Divorcio* (Santiago de Chile, Thomson Reuters Puntotext), 322 p.

Jurisprudencia citada

- Orlando Molina Salas con Olga Rosa Bravo Bravo (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de diciembre de 2007 (Recurso de Apelación), *Jurisprudencia de la Compensación Económica en el Divorcio*, Thomson Reuters Puntotext, 2010, p. 49-54.
- Eduvigis del Carmen Véjar García con Roberto Osvaldo Soto Oyarzo (2006): Corte de Apelaciones de Valdivia (Recurso de Apelación). Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200013> [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].
- María Angélica Freixenet Flores con Carlos Fierro Arias (2006): Corte de Apelaciones de Valdivia (Recurso de Apelación). Disponible en: <http://www.jurischile.com/2010/06/compensacion-economica.html> [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2015].
- Pamela Andrea Yáñez Contreras con Horacio Alberto Mesa Alborno (2010): Corte Suprema (Recurso de Casación en el fondo). Disponible en: <<http://centrodelafamilia.uc.cl/Descargar-documento/397-El-calculo-de-la-compensacion-economica-no-es-un-ejercicio-puramente-aritmetico.21.06.10.html>> [Fecha de consulta: 14 de julio de 2015].