

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Regulación convencional anticipada de la compensación económica y las facultades del juez de familia

*Anticipated regulatory agreement on economic compensation and the powers of
the family judge*

Álvaro Vidal Olivares 
alvaro.vidal@pucv.cl

Oscar Silva Álvarez 
oscar.silva@pucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile

RESUMEN El trabajo tiene por objeto examinar cómo se comporta la autonomía privada en materia de compensación económica, particularmente en relación con el principio de protección del cónyuge más débil, que rige en esta materia por aplicación del artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil (LMC). Se sabe que el acuerdo regulador de compensación económica puede alcanzarse tanto fuera del juicio –debiendo constar en escritura pública– como dentro de él –adoptando la forma de un avenimiento–. En uno y otro caso, siempre se requerirá de la aprobación del juez que conoce del juicio de divorcio, según dispone el artículo 63 de la LMC. Se trata, entonces, de una libertad de pacto tutelada jurisdiccionalmente. La opinión de estos autores es que el trámite de aprobación de este acuerdo implica una revisión de fondo por parte del juez, quien está investido de facultades correctoras de su contenido, sí lo estima como insuficiente. Una conclusión como esta se construye sobre la calificación del acuerdo como negocio procesal y, además, a partir de la aplicación analógica –fundada en el principio de protección de cónyuge más débil– del artículo 31 de la LMC,



Este trabajo está sujeto a una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional Creative Commons (CC BY 4.0).

que contempla los requisitos del acuerdo regulador en el caso de separación judicial de común acuerdo y que ordena al juez completarlo o corregirlo si el convenio es incompleto o insuficiente. Para estos efectos, se propone un doble nivel de revisión judicial, así como la necesidad de protección no sólo al cónyuge beneficiario, sino también al obligado al pago de la compensación pactada.

PALABRAS CLAVES Divorcio; acuerdo regulador; compensación económica; facultades del juez.

ABSTRACT This paper analyzes how private autonomy behaves in the context of economic compensation, particularly in relation to the principle of the protection of weaker spouse, which applies to this matter through the application of the article 3 of the Civil Marriage Act (LMC). The regulatory agreement on economic compensation can be reached either out of court-it must be recorded in a notarial deed- or in court -it takes the form of a settlement. In any case, the consent of the judge hearing the divorce case will always be required, as this is a legal requirement in Article 63 of the LMC. It is therefore a freedom of contract protected by the jurisdictional authority. Our opinion is that the approval process of this agreement includes a substantive review by the judge of it, who is vested with corrective powers over the content of the agreement, if he deems it inadequate. A conclusion like this is based on the classification of the agreement as a procedural legal transaction and on the analogical application -based on the principle of protection of the weaker spouse- of article 31 LMC, which provides the requirements for the regulatory agreement in the context of a judicial separation by mutual consent and which obliges the judge to complete or rectify the agreement if it is incomplete or insufficient. In order to achieve this, we proposed a double level of judicial control, as well as the need to protect not only the beneficiary spouse, but also the person obligated to pay the agreed compensation.

KEYWORDS Divorce; regulatory agreement; economic compensation; powers of the judge.

Introducción

Como se sabe, la compensación económica puede fijarse por el juez o por acuerdo de las partes. En este último caso, el vehículo para la determinación de la compensación podrá ser la convención matrimonial, sea ésta anterior al matrimonio¹ –capitulación matrimonial ex artículo 1721 del Código Civil² – o, bien, durante el mismo –convención del artículo 1723 del mismo cuerpo legal³ –; sin descartar, por cierto, la celebración de una transacción antes del juicio o durante el mismo⁴, así como, en su caso, la suscripción de un acta de avenimiento. En principio, “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”⁵.

Ahora bien, cualquiera sea el modo en que el acuerdo de las partes se materialice, el legislador exige, para la validez de este acuerdo, de la aprobación judicial, tal como expresamente dispone el artículo 63 de la Ley de Matrimonio Civil⁶ (en adelante, LMC). Una exigencia como esta plantea una serie de interrogantes.

1. WEGNER (2021) p. 634.

2. Código Civil chileno, de 1855.

3. Código Civil chileno, de 1855. Sobre este punto, uno se ha sostenido que: “la amplitud de los términos del precepto del artículo 63 permite sostener que el acuerdo extrajudicial no queda sujeto a exigencia temporal alguna, a diferencia del judicial, que presupone haberse iniciado el juicio de nulidad o divorcio. El pacto, en consecuencia, podría tener lugar en cualquier momento, incluso, antes del matrimonio en una capitulación matrimonial, en la convención matrimonial del artículo 1723 del Código Civil o en cualquiera otra escritura pública otorgada por los cónyuges; acuerdo que, en todo caso, requerirá de aprobación judicial según el artículo 63 de la LMC, aprobación que, a mi modo de ver, deberá producirse necesariamente dentro del juicio de divorcio o de nulidad. La aprobación debe ser actual (...) Siendo consecuente con lo expresado, si el acuerdo de compensación, que se incorpora en el convenio, no es suficiente, el juez está facultado para corregirlo o modificarlo. Tratándose del divorcio-sanción ex artículo 54 o el divorcio-remedio unilateral por cese de la convivencia ex artículo 55, inciso tercero, aunque no se excluya el acuerdo extrajudicial por escritura pública, lógicamente éste se concretará, o en un avenimiento aprobado por el tribunal, o en el acuerdo de conciliación del artículo 67. En el caso de la nulidad, cabría el avenimiento judicial”. VIDAL (2009a) p. 70.

4. Es el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de abril de 2007, en que las partes acordaron, pendiente el juicio de divorcio, una transacción que versaba sobre sus intereses patrimoniales al término de su matrimonio, la cual la Corte catalogó como un acuerdo de compensación económica. Al respecto, señaló que “[...] se tiene que los dineros entregados en ese acto por don José Gutiérrez Hurtado y la obligación que contrajo de solucionar el crédito hipotecario que afectaba al bien raíz aludida, no pudieron sino corresponder a un acuerdo que los cónyuges adoptaron en materia de compensación económica”. *Gutiérrez Hurtado José Raimundo Con Correa Opaza María Soledad* (2007).

5. PALAVECINO (2015) p. 24.

6. Ley 19.947, de 2004.

Hace algunos años, uno de nosotros ya esbozó alguna opinión sobre la cuestión relativa al rol del juez en materia de aprobación del acuerdo regulatorio de compensación económica⁷. En esa oportunidad se dejó constancia de la opción por un rol activo del juez de familia en el trámite de aprobación de esta clase de acuerdos y, por ende, lejano a una mera función de homologación, siempre teniendo al frente el resguardo de los intereses del cónyuge más débil. Además, en ese mismo trabajo, sólo se procuró la protección respecto del cónyuge beneficiario y no del deudor⁸.

En esta ocasión, pretendemos avanzar en el estudio del régimen de aprobación judicial del acuerdo de compensación económica, profundizando y, en lo pertinente, ampliando las perspectivas de análisis, incorporando la dimensión procesal de la figura.

En concreto, las preguntas que nos proponemos responder son tres. La primera es como sigue: ¿Cuál es la calificación jurídica del acuerdo regulador de compensación económica? La segunda es la siguiente: ¿La aprobación judicial a la que alude el artículo 63 de la LMC⁹ corresponde a una mera homologación por parte del juez o, por el contrario, supone un examen de fondo acerca de la suficiencia del acuerdo? Finalmente, la tercera pregunta reza así: bajo el supuesto de ser necesario un examen de fondo ¿Cuáles son las facultades del juez una vez que determina que el acuerdo es insuficiente?

Siendo coherentes con las preguntas antes formuladas, las hipótesis sobre las cuales descansa este trabajo son también tres: Primera: la naturaleza jurídica de los pactos relativos a la compensación económica es la de un negocio jurídico procesal, categoría que permite explicar un cierto grado de intervención por parte del juez, sea en la constitución del acuerdo o, bien, para permitir que produzca efectos. Segunda: el régimen de aprobación judicial contenido en el artículo 63 de la LMC¹⁰ no se reduce a una mera homologación o comprobación de requisitos formales, sino que implica la necesidad para el juez de familia de efectuar un examen del fondo del contenido del acuerdo de compensación económica; el que se puede desenvolver en dos niveles distintos. Y, la tercera: Si, luego del examen, el juez concluye que el acuerdo es insuficiente, éste se encuentra facultado para modificar sus términos, de modo tal que el pacto respete las normas que gobiernan el instituto de la compensación económica y otorgue la adecuada protección de los intereses concernidos.

7. VIDAL (2009b) p. 93.

8. VIDAL (2009b) p. 96.

9. Ley 19.947, de 2004.

10. Ley 19.947, de 2004.

I. Una cuestión preliminar: La autonomía privada en el derecho de familia

De manera progresiva, la autonomía privada –libertad contractual– se ha ido abriendo espacio en el derecho de familia no sólo patrimonial, sino también en aquél relativo a las relaciones personales¹¹.

Así, en materia de cuidado personal y relación directa y regular, la primera parte del inciso primero del artículo 225 del Código Civil prescribe que: “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”¹². En materia de patria potestad, el inciso primero del artículo 244 del Código Civil señala que “la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo (...)”¹³. En ambos casos se trata de un acuerdo solemne. Según los artículos 225 y 244 citados: “el acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento”¹⁴. Además, es susceptible de revisión por parte del juez, quien tiene la facultad de modificarlo. Así, conforme con el inciso 4º del artículo 225, el juez, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Y el artículo 244, por su parte, indica que: “cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente”¹⁵.

Algo similar sucede en materia de alimentos debidos por ley, conforme con el artículo 2451 de Código Civil, según el cual: “La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 334 y 335”¹⁶.

Otro caso lo podemos ver en la separación judicial de común acuerdo, ya que el artículo 27 de la LMC¹⁷ establece que: “Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y

11. Sobre el punto: LEPIN (2012).

12. Código Civil chileno, de 1855.

13. Código Civil chileno, de 1855.

14. Código Civil chileno, de 1855.

15. Código Civil chileno, de 1855.

16. Código Civil chileno, de 1855.

17. Ley 19.947, de 2004.

cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita¹⁸.

Si el acuerdo es incompleto o insuficiente el juez tiene la facultad, según dispone el artículo 31 de la LMC¹⁹, de subsanar el acuerdo incompleto y modificar el acuerdo insuficiente. Nuevamente, aparece la facultad del juez de controlar el contenido del acuerdo y, no solo eso, sino de subsanarlo y modificarlo.

Estos ejemplos dan cuenta de las limitaciones a las que, por regla general²⁰, queda sometida el ejercicio de la autonomía privada en el derecho de familia. Se trata de acuerdos solemnes y sujetos a aprobación y/o modificación por parte del juez.

Además, no todas las materias pueden ser objeto de acuerdo, es el legislador el que delimita el ámbito de esta autonomía. A diferencia de lo que sucede en materia civil patrimonial –en el que puede pactarse todo lo que no sea contrario a derecho–, en el derecho de familia sólo puede pactarse respecto de aquellas materias designadas por el legislador. Un claro ejemplo es el de las convenciones matrimoniales. El legislador en los artículos 1715 y siguientes del Código Civil fija el alcance que puede tener el contenido de estos acuerdos²¹. En consecuencia, estamos ante una autonomía privada que funciona de un modo distinto a aquella propia del derecho civil patrimonial. En efecto, la máxima en esta parcela del derecho es: sólo puede convenirse respecto de aquellas materias que el legislador autoriza específicamente²². Se trata de la expresión de un principio de colaboración conforme con el cual se favorece la regulación acordada respecto de determinadas materias, con el fin evitar agudizar el conflicto de familia. Naturalmente, se parte de la base de que el acuerdo es mejor que la imposición judicial. Sin embargo, este acuerdo está revestido de ciertas formas y requisitos,

18. Ley 19.947, de 2004.

19. Ley 19.947, de 2004.

20. Es posible identificar algunas excepciones en las que la ley no somete el acuerdo a la aprobación judicial ni queda sujeto a modificación posterior. Este el caso de la dación en pago del crédito de participación en los gananciales regulada por el artículo 1792-22; el de las capitulaciones matrimoniales reguladas por los artículos 1715 y siguientes; y el de la convención matrimonial del artículo 1723 del Código Civil, de 1855.

21. Código Civil chileno, de 1855.

22. En este mismo sentido, en un reciente trabajo, Prado, reconociendo el carácter de negocio de familia a la compensación económica, expresa que: “[...] se puede relevar que los negocios jurídicos de familia presentan como atributo fundamental la conservación de una serie de cortapisas a la autonomía privada, lo que justifica mantener la categoría de dichos negocios. Y es que no puede ser de otra forma, atendido que los efectos de tales negocios son de naturaleza extrapatrimonial, repercutiendo en las relaciones interpersonales familiares de las partes que los acuerdan [...]”. PRADO (2023) p. 694.

que se traducen en un control judicial, que puede desembocar en la aprobación o no del acuerdo, implicando, en este último caso, la posibilidad de modificación por parte del juez. La explicación de estas peculiaridades de la autonomía privada radica en que se trata de materias que no sólo miran el interés particular, sino que también el interés general, justificándose, por esta razón, los vigorosos límites a que se somete su ejercicio en esta rama del derecho privado. En este sentido, Riveros, reconociendo la limitación de la autonomía privada, sostiene que: “Por lo tanto, existen ciertos límites que provienen de la naturaleza familiar del negocio jurídico que venimos estudiando, es decir, estos principios que se incorporaron a la LMC no pueden ser desatendidos al momento de redactar el acuerdo. Ellos son un claro elemento de protección y a la vez de frontera para la autonomía privada”²³.

En esta ocasión el interés de estos autores, como ha quedado dicho, recae en uno de estos pactos: el acuerdo anticipado de compensación económica que, conforme con el artículo 63 de la LMC, requiere constar en escritura pública y requiere de la aprobación por parte del juez de familia²⁴.

II. El acuerdo de compensación económica como un negocio jurídico procesal

Dentro de aquellas materias que pueden quedar gobernadas por la autonomía privada de las partes se halla la compensación económica, según lo establece el artículo 63 de la LMC²⁵. Se trata de un caso que, claramente, exhibe dos características que lo distancian de los acuerdos típicos del derecho civil patrimonial: es un acuerdo solemne y, además, requiere de la aprobación judicial.

Precisamente la exigencia legal de aprobación judicial hace que el análisis del acuerdo regulatorio sea posible hacer no solo desde el derecho civil, sino que desde una perspectiva procesal; vereda desde la cual cabe preguntarse acerca de la calificación jurídica de un acuerdo de esta clase.

23. RIVEROS (2021) p. 68.

24. Ley 19.947, de 2004.

25. Ley 19.947, de 2004.

A nuestro juicio, el acuerdo de compensación económica corresponde a lo que, en doctrina, se denomina negocio jurídico procesal²⁶. Sobre este instituto, Chiovenda indica que existen actos procesales “[...] a los que, indudablemente, puede atribuírseles el carácter de negocios jurídicos, puesto que el efecto que producen lo refiere inmediatamente la ley a la voluntad de las partes. Tales son, en general, las declaraciones de voluntad unilaterales o bilaterales que la ley admite en el proceso como destinadas a constituir, modificar, extinguir derechos procesales (renuncia, aceptación de sentencia, etc.)”²⁷.

Más adelante añade que: “[...] en el proceso hay siempre que considerar un elemento especial, y es la presencia del órgano del Estado, en cuya actividad, aunque sea extraño al negocio, puede influir este más o menos directamente”²⁸.

Por su parte, Didier Jr. afirma que: “Negocio procesal es el hecho jurídico voluntario, en cuyo soporte fáctico se confiere al sujeto el poder de regular, dentro de los límites fijados en el propio ordenamiento jurídico, ciertas situaciones jurídicas procesales”²⁹.

Advirtiendo acerca de las características de esta clase de negocios, Lanchas sostiene que: “[...] se caracterizan porque en su proceso de formación, junto a la declaración de voluntad del particular o de los particulares, incide una actuación judicial en forma de autorización o aprobación, o a veces de ambas, lo que nos permitiría añadir a su denominación un adjetivo que permita diferenciarlos del resto de los negocios jurídicos de Derecho Privado en cuyo proceso de formación no concurre tal actuación de los Juzgados y Tribunales”³⁰.

26. En la doctrina nacional, este término es poco utilizado y se suele preferir la expresión “actos procesales bilaterales”. Por todos, véase: COLOMBO (2019) p. 88. En la jurisprudencia, por su parte, se ha utilizado el término “acto judicial”: “aunque la compensación económica sea acordada por las partes del juicio de divorcio, de todos modos debe contar con la aprobación del Tribunal de Familia, lo que viene a constituir a todo avenimiento o transacción privada en un acto judicial desde que requiere la aprobación del tribunal del ramo” *Roberto Sottolichio con Urquiza Con Mariana Ojeda Zurita* (2016). En doctrina comparada, a su vez, Guasp y Aragoneses rehúsan utilizar el término negocio jurídico, prefiriendo el concepto de acuerdo procesal, ya que: “no obstante la concordancia de voluntades a que el acuerdo debe su nombre, no es para el proceso un verdadero negocio jurídico ni mucho menos un contrato por la presencia forzosa en el mismo de un órgano público representado por el Juez”. GUASP y ARAGONESES (2005) p. 559.

27. CHIOVENDA (2005) p. 105.

28. CHIOVENDA (2005) p. 106.

29. DIDIER (2017) p. 41.

30. LANCHAS (2021) p. 13.

Al prestar atención a los insumos doctrinales utilizados, resulta fácil advertir que los negocios jurídicos procesales, ante todo, se caracterizan porque, a diferencia de aquellos pertenecientes al derecho común, requieren de la intervención o aprobación judicial en su formación o gestación. A lo anterior se añade que estos actos sirven de cauce para soluciones autocompositivas³¹.

Como puede observarse, dado que una de las características centrales de los negocios jurídicos procesales es la necesidad de una intervención judicial de cierto grado, podemos calificar al acuerdo regulatorio de compensación económica como uno que pertenece a esta categoría.

Así lo reconoce en la doctrina de derecho civil Barcia, quien, para justificar que, a pesar de la intervención judicial, el acuerdo regulador es un negocio jurídico, indica que: “() este negocio jurídico presenta varias características que lo diferencian del negocio jurídico propiamente tal. Las diferencias más notables son las siguientes: (i) Algunos autores precisan que la aprobación judicial previa pondría en tela de juicio la calidad del convenio como negocio jurídico, pero ello no es de esta forma, ya que el convenio es un negocio jurídico procesal; o sea, es una especie de negocio jurídico³².”

Por su parte, Lathrop, sin utilizar la nomenclatura “negocio jurídico procesal”, pero sí resaltando la intervención judicial, sostiene que: “La autonomía de la voluntad de los cónyuges ejercida en el acuerdo regulador, es suficiente para definirlo como negocio jurídico, eso sí, de derecho de familia (por las características especiales que presenta). Además, creemos que junto a ese rasgo negocial, la intervención judicial cumple una función de gran relevancia en este negocio jurídico³³.”

Es claro que, tratándose de un acuerdo que el propio legislador introduce como mecanismo para determinar la compensación económica, lo natural es considerar que, en principio, la intervención judicial no debería ser de la misma entidad que aquella que se desplegaría al fallar en una sentencia definitiva. Valiéndonos de las palabras de Armenta en este ámbito estamos ante un juez que pasa: “De tener ‘auctoritas’ a autorizar³⁴.” Entonces ¿Por qué el legislador considera la participación del juez? La respuesta, en último término, puede conectarse con lo que Hernández sindicó como la segunda obligación de los jueces (la primera es la de juzgar), cual es: “[...] que las decisiones judiciales que resuelvan los casos litigiosos sean plenamente conformes al derecho³⁵.” Además, esto es coherente con que, en materia de compensación

31. ONFRAY (2022) p. 24.

32. BARCÍA (2020).

33. LATHROP (2006) p. 81.

34. ARMENTA (2021) p. 41.

35. HERNÁNDEZ (2005) p. 140.

económica: “el ejercicio de la libertad de que disponen los cónyuges para convenir la prestación encuentra su límite en la naturaleza jurídica misma de la institución, esto es, en su carácter de obligación legal”³⁶.

El que un juez deba intervenir en un negocio jurídico procesal no es algo extraño a nuestro proceso civil. Así, tratándose de un avenimiento, éste, en principio, existe y tiene valor con prescindencia de la intervención de un juez. Sin embargo, para que este equivalente jurisdiccional tenga mérito ejecutivo se requiere que el acta respectiva sea “pasada ante el tribunal competente”. Así lo dispone el artículo 434 número 3 del Código de Procedimiento Civil³⁷. En relación con el acta de avenimiento y la exigencia que sea pasada ante el tribunal competente, se ha dicho que: “[...] el juez debe tener el control sobre lo que las partes avienen en el proceso sometido a su competencia. Recordemos que éstas sólo pueden avenir en proceso en que se ventilen derechos disponibles y que es al juez a quien le corresponde controlar y decidir si el contenido del avenimiento resulta jurídicamente procedente en la especie. Si lo es, lo aprobará y, por el contrario, si versa sobre derechos no disponibles, seguirá adelante con la sustanciación del proceso”³⁸.

36. BUSTOS (2023) p. 151.

37. Código de Procedimiento Civil chileno, de 1903.

38. COLOMBO (2019) pp. 410 y 411. Sin embargo, habrá que considerar que se ha resuelto que para que el avenimiento sea considerado equivalente jurisdiccional, no hay necesidad de aprobación judicial. Así lo declara una sentencia de la Corte Suprema en la que se lee lo siguiente: “...para que un avenimiento pueda ser considerado un equivalente jurisdiccional y genere ese efecto no resulta necesaria la aprobación judicial, aun cuando la costumbre y la práctica procesal así lo sugieran. En rigor, ese trámite resulta extraño a la naturaleza del acuerdo que, como se dijo, se asemeja a la transacción”. La misma sentencia agrega que: “Como él tiene su origen durante el procedimiento, es un acto jurídico procesal e indudablemente, como lo señala la ley y en el lenguaje de la misma, ‘pasa’ ante el tribunal, reiterando el legislador la regla general del artículo 61 del Código de Procedimiento Civil, de modo que para su validez debe ser autorizada por un ministro de fe. Empero, la ley no exige que el acuerdo de voluntades de las partes sea aprobado por el juez, puesto que el mismo ya fue admitido, es decir, aceptado por el tribunal”. *Carmen Teresa Varoli con Benito Hey Icka* (2023).

Que exista esta disparidad de opiniones en relación con el régimen del avenimiento en el proceso civil se debe, esencialmente, a la oscuridad que rodea a los términos usados por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 434, cuando alude a la idea de que este acuerdo “pase” ante el tribunal. En cambio, el panorama es diverso en relación con el régimen de intervención judicial en el acuerdo que verse sobre la compensación económica, contemplado en la LMC. En este último rubro, la clave está en el sentido y alcance que se asigne al verbo “aprobar”.

Volviendo a lo que interesa a este trabajo, si se acepta que, por el acuerdo regulador, las partes buscan zanjar la cuestión relativa a la compensación económica y que, por lo mismo, corresponde a un equivalente jurisdiccional respecto de este punto; ha de aceptarse, entonces, que el acuerdo reemplaza a la sentencia definitiva, repitámoslo, respecto de la pretensión de compensación económica. Sin embargo, no se trata de cualquier equivalente jurisdiccional, sino de uno que requiere de la aprobación del juez que, sustantivamente, corresponde, junto a la escritura pública, a una solemnidad del acuerdo. Esta es una primera gran diferencia con el rol de la intervención judicial en el avenimiento, limitada a un rol de mera homologación y solo para los efectos de dotar de mérito ejecutivo al acta respectiva. En este caso, según nuestra opinión, se trata de un equivalente jurisdiccional respecto del cual el juez no queda liberado de su obligación de velar porque el negocio jurídico –vale decir, el acuerdo regulador– sea conforme a derecho, conservando el control de la legalidad sustantiva del pacto alcanzado por las partes de un juicio.

De cualquier forma, habrá que hacer notar que este equivalente jurisdiccional no corresponde a una transacción dado que, si bien tiene por finalidad precaver un litigio eventual -en torno al derecho a la compensación económica- no es de su esencia, como lo es en la transacción, la existencia de concesiones recíprocas entre las partes. De hecho, como resulta evidente, no es necesaria ninguna clase de concesión por parte del cónyuge beneficiario. En este sentido, Barcia afirma, a propósito del carácter transaccional del acuerdo, que: “(...) si por ello se entiende que las partes deben hacerse prestaciones recíprocas, ello no es de tal forma. Es cierto que este negocio jurídico puede tener como objetivo, al igual que la transacción, poner fin a un juicio pendiente, pero no es de la esencia el que las partes se hagan concesiones recíprocas”³⁹.

Esto no es todo. Aún queda pendiente dilucidar cuál es el significado que ha de adjudicársele a la expresión “aprobación judicial” en los términos del artículo 63 de la LMC, así como desentrañar la situación del acuerdo ante un rechazo del acuerdo⁴⁰.

39. BARCÍA (2020).

40. Ley 19.947, de 2004.

III. El sentido de la aprobación judicial en materia de acuerdos sobre compensación económica: una propuesta de dos niveles de análisis

Ya ha quedado establecida la pertenencia del acuerdo regulador de compensación económica a la categoría de los negocios jurídicos procesales, circunstancia que explica que el juez ejerza un cierto grado de intervención, con el objetivo de evitar que la convención sea contraria a derecho. Sin embargo, la LMC, a diferencia de lo que sucede con el acuerdo regulador de divorcio de común acuerdo, guarda silencio respecto de los criterios conforme a los cuales, en este caso, el juez debe calibrar la regularidad del acuerdo y, en su caso, otorgar la “aprobación judicial” del acuerdo regulador de compensación económica. Distinto es el caso del del acuerdo regulador de divorcio, en que el legislador hace depender su aprobación de dos requisitos: que sea completo y suficiente; y, no sólo eso, sino que ofrece los criterios para determinar si se ha dado o no cumplimiento a estos dos requisitos. Algo similar ocurre con la transacción sobre alimentos futuros debidos por ley, como ya se dijo⁴¹.

Así las cosas, para descubrir qué ha de entenderse por “aprobación judicial”, prestaremos atención a la definición de “aprobar”, que proporciona el diccionario de la Real Academia Española, conforme al cual la expresión en comento significa: “calificar o dar por bueno o suficiente a algo o a alguien”. Se alude a una atribución de las mencionadas calidades de bondad o suficiencia, en este caso, respecto del pacto regulatorio de la compensación económica.

Para cumplir con esta labor de aprobación, es lógico que el juez deba tener en consideración ciertos parámetros, que le permitan constatar, efectivamente, la correspondencia del acuerdo con un determinado estándar, más aún si estamos en el ámbito de una libertad de pacto tutelada judicialmente.

Al plantear las cosas de esta manera, habrá que aceptar que el artículo 63 de la LMC⁴² asigna al juez una tarea que implica contrastar el contenido de acuerdo con

41. También puede observarse una figura afín en materia de libre competencia. El artículo 22 del Decreto Ley 211, de 1973, establece que la conciliación será aprobada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), siempre y cuando no atente contra la libre competencia. Sobre el estándar para la aprobación de este acuerdo véase: NÚÑEZ *et al* (2016) p. 375.

42. Ley 19.947, de 2004.

las normas y principios que conforman la disciplina de la compensación económica, distanciándose, entonces, de una mera labor de homologación⁴³, basada en la comprobación de requisitos formales⁴⁴.

No concordamos con que la aprobación consista en una mera homologación, primero, por una razón de texto. En efecto, el legislador emplea la expresión “aprobación” y no “homologación”. En segundo lugar, porque, tal y como se explica más abajo, si bien el acuerdo regulador de compensación económica tiene un contenido patrimonial⁴⁵, no ha de olvidarse la finalidad que le cabe a la compensación económica, cual es la de corregir una disparidad patrimonial con el propósito de evitar un empeoramiento futuro de uno de los cónyuges al enfrentar su vida separada. La ley impone esta obligación a uno de los cónyuges en procura de la protección de interés superior, el del cónyuge más débil al momento del divorcio. Tanto es así, que en el acuerdo regulador de divorcio han de cumplirse dos requisitos, relativos a su completitud y su suficiencia. La suficiencia o no del acuerdo se calibra en atención, en lo que aquí interesa, a la aminoración del menoscabo económico que cause la ruptura; y respecto de la suficiencia, el juez está premunido – sin distinción – de la facultad de corregir el acuerdo regulador en caso que, en su opinión, sea insuficiente. Y, en tercer lugar, vinculado con lo dicho, en nuestra opinión, el derecho a la compensación económica no es disponible anticipadamente; y no lo es porque está envuelto el interés del cónyuge más débil.

43. Discrepamos, por lo tanto, de un sector de la doctrina, que señala que: “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” LEPIN (2012) p. 67. En el mismo sentido se pronuncian, entre otros: LLULLE (2013) pp. 249 y 250. GONZÁLEZ (2018) pp. 160 y 161; y CÉSPEDES (2008) pp. 15 y 16. A su turno, en doctrina comparada, a propósito de la compensación económica prevista en el derecho español. Ver artículo 97 del Código Civil español, de 1889, se dice que este ítem: “cabe arreglarlo extrajudicialmente, por medio de un verdadero contrato, y cabe incluirlo en un convenio regulador (junto con otras cuestiones) que en este aspecto no precisaría de la aprobación judicial, pues bastaría la mera homologación”. MONTERO *et al* (2006) p. 38. Sin embargo, la estructura de la compensación económica en el derecho español difiere de la que sigue nuestro legislador.

44. Montero Aroca, refiriéndose a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo español, señala que: “la función de un tribunal, de cualquier tribunal civil, no puede ser la de aprobar sustantivamente lo acordado por los litigantes, sino la de controlar si se cumplen los requisitos subjetivos, objetivos y formales de toda transacción, es decir, simplemente la de homologar”. MONTERO (2002) p. 252.

45. El argumento de algunos para afirmar que la aprobación judicial es una mera homologación, negando que el juez tenga facultades correctoras del acuerdo, es que se trata de un acuerdo de contenido patrimonial. La aprobación –con facultades correctivas– quedaría reservada para los asuntos paterno filiales. En este sentido: LATHROP (2006) pp. 86-88 y 94; BARCÍA (2020). Sin embargo, lo que olvidan estos autores es que, en el caso de la transacción sobre alimentos debidos por ley, el le-

Carecería de utilidad práctica reducir la función judicial a una mera autorización u homologación del acuerdo relativo a la compensación económica, pues, si ese hubiese sido el objetivo del legislador, habría sido no solo innecesario, sino que inconveniente acudir al juez para tal fin. Para ello, por ejemplo, hubiese bastado la intervención de un ministro de fe, como un notario público, sin necesidad de desnaturalizar la función judicial. Por el contrario, la circunstancia de que sea un juez de familia y no otra autoridad la llamada a revisar y, consecuentemente, aprobar este acuerdo, permite inferir que su escrutinio va más allá que el de una comprobación formal de requisitos legales.

De este modo, la tarea de la aprobación del acuerdo se incardina con la segunda obligación que pesa sobre el juez –en los términos de Hernández–, consistente en que la decisión que resuelva el conflicto sea ajustada a derecho. Aun cuando al juez no le cabe papel alguno en la generación del acuerdo, sí le corresponde una función de revisión acerca del fondo de este, debiendo alcanzar el convencimiento de que el acuerdo está conforme a derecho, incluso asumiendo que se trata de un asunto de naturaleza esencialmente patrimonial.

En este sentido, Domínguez expresa que:

“El juez tiene facultad de control del convenio en esta materia (al igual que las tiene en el de separación judicial o de divorcio), desde que el acuerdo debe ser presentado a la aprobación judicial para que tenga fuerza vinculante para los cónyuges. Así lo dispone el art. 63⁴⁶. En ejercicio de esa facultad, y por aplicación de lo dispuesto en el art. 3 que lo manda a resolver las ‘materias de familia reguladas por esta ley, cuidando de proteger siempre el interés del cónyuge más débil’ puede revisar íntegramente el convenio, en términos que si efectivamente quiere dejar mejor posicionado al cónyuge más débil, aumentando la prestación acordada, tendría fundamento para hacerlo. Todo ello, con mayor razón aún, si se tiene presente que ésta es la figura con la que en esta ley, por esencia, se le quiere proteger”⁴⁷.

Ahora bien, asumiendo que nuestra opinión es correcta, la pregunta que ha de formularse es la siguiente: ¿Cómo debería desarrollar el juez el análisis previo a la decisión de aprobar o rechazar el acuerdo regulatorio de la compensación económica? A nuestro juicio, la labor de escrutar el acuerdo sobre compensación económica supone una actividad que el juez ha de realizar en dos niveles distintos.

gisladador no limita este requisito –en cuanto aprobación propiamente dicha– a los alimentos debidos a favor del menor, sino que se extiende a todos los supuestos en que se deben por ley alimentos. Qué duda cabe que se trata de un acuerdo de contenido patrimonial respecto del cual el juez sí tiene algo que decir, sin que la aprobación sea entendida como una mera homologación.

46. Ley 19.947, de 2004.

47. DOMÍNGUEZ (2005) p. 111.

3.1 El primer nivel: la decisión ha sido tomada habiendo mediado libertad y conocimiento suficiente por parte del cónyuge beneficiario

En un primer nivel de evaluación, que debería operar con independencia de que las partes del juicio formulen objeciones a los términos del acuerdo, el juez de familia tendría que analizar las circunstancias presentes al momento de su celebración. Este examen busca satisfacer dos objetivos. En primer lugar, medir la regularidad del acuerdo respecto de las disposiciones que integran el régimen legal de la compensación económica. Así, el juez deberá examinar si el acuerdo se ajusta a las disposiciones que regulan la forma de pago de la compensación. Se trata de disposiciones imperativas que, tal y como debe hacerlo el juez, las partes deben observarlas en su convención. Se trata, como se sabe, de los artículos 65 y 66 de la LMC⁴⁸. Así entonces, por ejemplo, no será regular el acuerdo que divida la compensación en cuotas sin otorgarse otorgar seguridades suficientes para su pago⁴⁹.

Resultará de utilidad considerar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que, al pronunciarse acerca de la exigencia de aprobación judicial, indica: “Que en la especie los cónyuges acordaron sus relaciones económicas futuras, y si bien el juez de la causa está facultado para revisar la legalidad del acuerdo, en este caso no existe reparo para reconocer la eficacia de lo pactado en el instrumento [...]”⁵⁰. Como se ve, para la Corte, la aprobación implica un control de legalidad del acuerdo.

En segundo lugar, debe el juez asegurarse que las partes hayan actuado conscientes de las circunstancias, ejerciendo su libertad de manera plena. La función del juez, en este contexto, se percibe como un esfuerzo dirigido a asegurar una mayor equidad y justicia en los acuerdos, sin menoscabar el derecho de las partes a tomar decisiones informadas y consensuadas.

La circunstancia que, al momento de la celebración del acuerdo, los cónyuges se hallen en un plano de igualdad es un valor que inspira el derecho matrimonial, al punto que debe rechazarse cualquier clase de discriminación que pueda darse. De no darse tal condición mal podría entenderse que el fruto del acuerdo representa soluciones equitativas, dado que la desigualdad derivaría en la imposición de condiciones injustas en el acuerdo⁵¹.

48. Ley 19.947, de 2004.

49. VIDAL (2009b) pp. 71-73.

50. *Reservado* (2005).

51. Como afirma Barrientos: “El matrimonio y su régimen jurídico en todo lo tocante a la posición y relaciones entre los cónyuges descansa en el principio constitucional de la igualdad entre hombres y mujeres (19 N° 2 inc. 1° CPR), que se concreta, en este caso, en la específica igualdad entre marido y mujer, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 N° 4 del ‘Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos’ y del artículo 24 N° 4 del llamado ‘Pacto de San José de Costa Rica’, que obligan al Estado chileno a adoptar ‘las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y

Así, a propósito de la renuncia a la compensación económica, en la historia del establecimiento de la LMC, consta que el Senador José Antonio Viera-Gallo manifestó que: "...entregar al acuerdo, como lo plantea la Indicación, 'la determinación de la procedencia de la compensación económica', da pie para que se renuncie a ella"⁵². Añadió que la renuncia sólo podría aceptarse cuando los cónyuges negocien en un plano de igualdad, pero debe cuidarse que el cónyuge más débil no sea presionado a hacerlo⁵³.

Dado que se trata de un análisis que prescinde de la existencia de objeciones acerca del acuerdo por parte de alguno de los cónyuges, habrá que tener en cuenta, fundamentalmente, la situación del cónyuge beneficiario de la compensación, a efectos de revisar que su consentimiento haya sido libre e informado.

Es esencial que el magistrado examine minuciosamente el contexto en el que se forjó el acuerdo, de modo tal que no identifique elementos que comprometan la autenticidad de la voluntad de dicha parte. Este enfoque subraya la importancia de considerar la calidad del consentimiento dado, contribuyendo así a la construcción de decisiones equitativas, que reflejen verdaderamente la voluntad del cónyuge beneficiario. Como bien afirma Schumann: "La validez de la disposición negocial del ejercicio del derecho depende de requisitos subjetivos dirigidos a asegurar una autonomía de la voluntad material -libertad y conocimiento-"⁵⁴.

A este respecto cobra especial interés la calificación de negocio jurídico del acuerdo regulador de compensación económica, puesto que en esta labor de control de la regularidad del acuerdo podría, perfectamente, advertirse la existencia de algún vicio del consentimiento, sea error, dolo o fuerza, provocando la nulidad relativa del acuerdo regulador⁵⁵. La doctrina estima, correctamente en nuestra opinión, que la aprobación judicial no impediría que, con posterioridad, la parte afectada por el vicio intente la acción de nulidad relativa por este motivo⁵⁶.

responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo' y, muy especialmente, para dar cumplimiento a diversas disposiciones de la 'Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer' (art. 16, 1, letra c) obligatorias, igualmente, para el Estado de Chile". BARRIENTOS (2007) p. 30. Así también lo reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 66 de la LMC. Durán (2012).

52. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, de 2003.

53. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, de 2003.

54. SCHUMANN (2022) p. 133. En un sentido similar, Armenta plantea que, aun frente a manifestaciones de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la justicia, los jueces retienen: "facultades revisoras sobre la salvaguarda de la autonomía de la voluntad y las garantías constitucionales). ARMENTA (2021) p. 43.

55. LATHROP (2006) p. 89. En similar sentido se pronuncia RIVEROS (2021) p. 78.

56. BARCÍA (2020).

Precisamente en torno al aseguramiento de dichos requisitos girará el análisis que el juez de familia efectúe para determinar si aprueba o no el acuerdo, en este primer nivel de revisión. Así, por ejemplo, un acuerdo de compensación económica que fije un monto notoriamente bajo en relación con la situación económica de los cónyuges podría ser indiciario para el juez de familia respecto de una libertad menoscabada al momento de su celebración por parte del cónyuge beneficiario, salvo que se ofrezcan buenas razones para ello.

No se trata, en todo caso, de autorizar al juez para que reemplace la voluntad de las partes⁵⁷, sino que de desentrañar una especie de voluntad probable de los cónyuges⁵⁸, sobre la base del material fáctico suministrado en el juicio, pero, principalmente, a partir de una lectura del acuerdo propiamente tal.

3.2 El segundo nivel: Los términos del acuerdo se ajustan a los criterios que gobiernan la compensación económica

El segundo nivel, que sí supone la reclamación u objeción de parte de alguno de los cónyuges, implica verificar que el acuerdo no vulnere alguno de los preceptos que integran la disciplina de la compensación económica. Ya no se trata, como en el nivel anterior, de un examen de la libertad y el conocimiento con que obran los cónyuges (en especial el beneficiario de la compensación) al momento de celebrar el pacto. He aquí una primera diferencia.

Ahora bien, este segundo nivel, en nuestra opinión, solo tiene sentido en el evento de que alguna de las partes pretenda, en el proceso, desligarse de los términos del acuerdo sobre compensación económica, solicitando al juez su modificación. En este sentido, una segunda diferencia es que, como la solicitud de modificación puede provenir no sólo del cónyuge beneficiario del acuerdo, sino que también del deudor de compensación económica, de manera que la atención del juez ya no se centra únicamente en la situación del primero, sino que, si resulta ser el caso, también del segundo⁵⁹.

57. Tal como lo indica De la Oliva, a partir de su opción por la primacía del principio dispositivo: “Tras la necesaria iniciación del proceso por quien requiere una tutela jurisdiccional para un bien jurídico suyo (o que, aun no siendo suyo, tiene título para proteger), los roles más concretos de las partes y del juez podrían fijarse de diferente manera sin afectar al más primario poder de disposición de los sujetos jurídicos.” DE LA OLIVA (2012) p. 47.

58. LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) pp. 478-480.

59. En reciente doctrina se ha advertido la necesidad de revisar que el acuerdo no produzca situaciones perjudiciales para cualquiera de las dos partes. Véase PRADO (2023) p. 696. En nuestra opinión, una solución como esta viene impuesta por la necesidad de un acuerdo suficiente, que fije relaciones equitativas hacia el futuro, si bien podría darse el caso que el cónyuge que originariamente resultaba obligado, al momento de la aprobación aparezca como el más débil. Sin embargo, la propuesta no se limita a este supuesto, sino que a cualquier otro que, conforme con los criterios del artículo 62 de la LMC, suponga que la compensación acordada deba ser modificada.

Una tercera diferencia es que, en este caso, el momento en el que ha de situarse el juez no es el de la celebración del acuerdo, sino que aquel en el que se incorpora al proceso y se solicita su modificación. Se trata de contrastar la situación de los cónyuges al momento de celebrar el acuerdo con aquella existente al momento de la solicitud de modificación. Para comprenderlo más fácilmente, pensemos en algunos ejemplos, tales como los siguientes: 1) En el acuerdo se deja constancia de que uno de los cónyuges, concretamente el beneficiario de la compensación económica, trabajará media jornada. Sin embargo, al momento del juicio se advierte que el beneficiario nunca trabajó, por la necesidad de cuidado de uno de los hijos comunes. 2) Al momento del juicio de divorcio, el cónyuge obligado al pago carece de los bienes o capacidad económica de que era titular al momento de la celebración del acuerdo. 3) Cualquiera de los cónyuges, en la época de celebración del acuerdo, ejercía su profesión con una proyección de ingresos importante, pero luego han perdido su trabajo y, atendida su edad, no tienen posibilidad razonable de acceso al mercado laboral. 4) El cónyuge beneficiario no tiene cualificación profesional al momento del acuerdo, sin embargo, durante el matrimonio estudia y se perfecciona, alcanzando una cualificación profesional destacada y ostentando abundantes ingresos, mayores que los del cónyuge deudor. 5) La causa del pacto fue que el cónyuge beneficiario se dedicaría al cuidado del hijo enfermo, pero éste fallece con posterioridad, sin que medie dicha dedicación o, si sobrevive, es el cónyuge deudor el que se dedica a su cuidado, porque deciden alterar sus roles en el matrimonio. 6) Se acuerda el pago de la compensación económica en cuotas y se otorgan seguridades para el pago, pero después éstas desaparecen, como sería el caso de la hipoteca sobre un inmueble que se destruye a causa de un incendio; o el de una fianza solidaria de una persona que fallece o cae en estado de insolvencia.

¿Qué se descubre de los ejemplos planteados? Que la forma en que se desenvolverá la vida en común y/o la situación de los cónyuges pueden experimentar alteraciones que pueden impactar en la base de acuerdo y, por lo mismo, determinar que el juez no apruebe el acuerdo en las condiciones que fue convenido.

Por otra parte, en este segundo nivel el juez debe operar en función de los criterios que establecen los artículos 61 y 62 de la LMC⁶⁰. Así se recoge en una sentencia de la Corte Suprema, de 27 de febrero de 2020 que, al pronunciarse sobre la exigencia de la aprobación, indica que: “Esto significa que el tribunal debe verificar si se dan las circunstancias legales que hacen posible la compensación económica, conforme los artículos 61 y 62 de la ley⁶¹. De manera que no por tratarse de una materia patrimo-

60. Ley 19.947, de 2004.

61. Ley 19.947, de 2004.

nial queda entregada por entero a las partes, ya que incluso en el caso del artículo 63, siendo mayores de edad los cónyuges no pueden convenir libremente y a su arbitrio, comoquiera que igual el acuerdo así alcanzado debe ser aprobado por el tribunal. Lo que equivale a reconocer que estas no son materias enteramente disponibles”⁶².

En el mismo sentido, varios años antes, la Corte de Apelaciones de San Miguel ya intuía el alcance de la función judicial en esta sede, al indicar que, en el análisis hecho de cara a la aprobación, al juez “[...] sólo le resta considerar si es efectivo o no que se cumplen con los requisitos señalados en la Ley para dar lugar a la misma; norma que entonces, deberá siempre ser interpretada en armonía con los principios que informan el derecho de familia y especialmente el de proteger al cónyuge más débil”⁶³.

Este segundo nivel de revisión judicial es coherente con que, en doctrina, se suele reconocer que los procesos de familia exhiben una mayor presencia del principio inquisitivo, denominándose como procesos no dispositivos⁶⁴. En ellos, el juez ha de velar, en atención a los intereses comprometidos, porque los pactos o acuerdos –que la ley autoriza– se adecúen a las normas que disciplinan la controversia, con cierto desapego de la aplicación tradicional del principio dispositivo, el que, por el contrario “conlleva la afirmación de la disponibilidad de las partes sobre el objeto del proceso, esto es, sobre las pretensiones que lo configuran”⁶⁵. Así entonces, el pacto de compensación económica no debe observarse desde una perspectiva puramente patrimonial, que es aquella a partir de la cual un sector de la doctrina concluye que la labor judicial es de mera homologación⁶⁶. No debe olvidarse que el interés comprometido, al menos en nuestra opinión, no es meramente patrimonial, sino que involucra el resguardo del interés de los cónyuges. De este modo, resulta fácil comprender que la autonomía privada que la LMC reconoce a los cónyuges en miras a una solución colaborativa ha de ser tutelada a través de un control de fondo del acuerdo, materializado en el trámite de la aprobación. En el ejercicio de esta tutela, el juez puede dar por bueno el acuerdo o no, según los criterios antes anotados.

Por otra parte, también resultan pertinentes en este nivel los artículos 27 y 55 de la LMC⁶⁷, normas que, junto con establecer la suficiencia como requisito del acuerdo regulador de separación judicial y de divorcio, proporcionan dos criterios para darlo por cumplido: (1) si establece relaciones equitativas para el futuro; y (2) si mitiga el menoscabo que originará para uno de los cónyuges la ruptura. Estos dos criterios

62. Ana María Bañados Morandé y Santiago Communs Marón (2019).

63. Sergio Cabezas López con Irma Rosa Silva Castañeda (2007).

64. CORTÉS y MORENO (2023) p. 37; MONTERO *et al* (2019) p. 776.

65. CASTILLEJO (2014) p. 42.

66. En este sentido: BARCÍA (2020) y LATHROP (2006) p. 83.

67. Ley 19.947, de 2004.

pueden leerse en términos que el acuerdo será suficiente en la medida que su contenido se adecúe a las disposiciones del régimen de la compensación, porque en la medida que es de esa forma, quiere decir que las relaciones que establece son equitativas y procuran mitigar el menoscabo originado por el divorcio. La aplicación analógica de estas reglas al análisis de la suficiencia del acuerdo regulatorio de compensación económica es algo que la doctrina sostiene, aplicando por extensión analógica la regla del artículo 31 de la LMC⁶⁸, en términos de reconocer al juez facultades para completar el acuerdo, regulando aquellas materias no incluidas por los cónyuges separados y, también, para corregirlo, o modificarlo, cuando después de su examen de fondo sea considerado insuficiente. El acuerdo será completo cuando regule todas y cada una de las materias previstas por el artículo 21 de la LMC⁶⁹ en caso de separación de hecho; y suficiente cuando establezca soluciones jurídicas equitativas entre los cónyuges para el futuro, así como cuando aminore el menoscabo que implica la ruptura para uno de los cónyuges, vale decir, el más débil, según el artículo 3 de la LMC⁷⁰.

Que el juez deba aprobar un acuerdo regulador de compensación económica, entonces, implica que debe pronunciarse sobre el fondo del mismo y apreciar su suficiencia, como si de un acuerdo regulador de divorcio se tratase. En aquella labor el juez debe resguardar el interés del cónyuge más débil⁷¹, en términos que el acuerdo al que las partes arribaron efectivamente reconozca o establezca, a favor del cónyuge beneficiario, una compensación económica que cumpla con su cometido u objeto, es decir, que le permita corregir la carencia de medios económicos a causa de la terminación del matrimonio y, así, prevenir un empeoramiento futuro al rehacer su vida separada, pudiendo alcanzar una situación autónoma, todo según los criterios que establece el artículo 62 de la LMC⁷². Pero, también, deberá, en este segundo nivel,

68. En el mismo sentido: VIDAL (2009a) p. 69; BARRIENTOS (2007) p. 24. En contra: LEPIN (2012) p. 16.

69. Ley 19.947, de 2004.

70. Ley 19.947, de 2004. Entre otros: Barrientos Grandon, que sostiene que: "(...) aunque en esta sede (la del divorcio) no hay una disposición equivalente a la del artículo 31 de la LMC para la separación judicial, dicho vacío no pareciera que deba ser subsanado sino es con la aplicación analógica del referido artículo 31 y su remisión al artículo 27 inciso 2° de la LMC." BARRIENTOS (2007) p. 24.

71. Es la opinión que sostiene, por ejemplo, DOMÍNGUEZ (2007) p. 427; CORRAL (2007) pp. 35 y 36.

72. Ley 19.947, de 2004. Así lo reconoció la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel del 06 de septiembre de 2007, que, revocando la sentencia de primera instancia, le otorga pleno valor al acuerdo de compensación económica adoptado por los ex cónyuges, ya que "[...] al Juez a quo, sólo le resta considerar si es efectivo o no que se cumplen con los requisitos señalados en la Ley para dar lugar a la misma; norma que entonces, deberá siempre ser interpretada en armonía con los principios que informan el derecho de familia y especialmente el de proteger al cónyuge más débil [...]". Sergio Cabezas López con Irma Rosa Silva Castañeda (2007).

eventualmente considerar la situación del cónyuge obligado al pago de la compensación pactada, si es que formula alguna reclamación relacionada con el cambio sobreviniente de las circunstancias tenidas en consideración al momento de celebrar el pacto. Así, podrá estimarse que el acuerdo establece relaciones equitativas para el futuro entre los cónyuges⁷³.

En la doctrina, Lepin plantea, como una objeción en relación con el ejercicio de las facultades del juez en esta materia, la ausencia de material probatorio para que pueda realizarse dicho examen⁷⁴. No obstante, a nuestro parecer, esta objeción plantea un obstáculo que es, más bien, aparente, puesto que, lo que no advierte el autor, es que, en este segundo nivel, el juez no actuaría de oficio, sino que ante la reclamación de alguna de las partes del acuerdo, lo que, a su turno, supone que, en el contexto del proceso, se recibirá prueba respecto del contenido de dicha reclamación.

IV. Facultades del juez una vez rechazado el acuerdo de compensación económica

La última cuestión por dilucidar en este trabajo es la relativa a las facultades que tiene el juez una vez que rechaza, total o parcialmente, los términos del acuerdo regulatorio de compensación económica. Este punto resulta crucial pues, de no ser resuelto, todo el análisis deviene en irrelevante dogmáticamente y, también, en términos prácticos.

Además, la pregunta se justifica porque el artículo 63 de la LMC⁷⁵ se limita, tal y como ha quedado dicho, a exigir la aprobación judicial del acuerdo, en términos de su regularidad y suficiencia. Estos dos requisitos del acuerdo no se encuentran previstos por el legislador, sin embargo, se extraen la noción de aprobación que se ha explicado precedentemente –dar por bueno el acuerdo por ajustarse a derecho–, por un lado; y de la disposición del artículo 55 de la LMC⁷⁶, que exige que el acuerdo regulador del divorcio solicitado de común acuerdo sea completo y suficiente. La suficiencia del acuerdo se relaciona, aunque no exclusivamente, con la mitigación del menoscabo económico, que es el requisito central de la compensación. Por otro lado, no debe olvidarse que el acuerdo será suficiente en la medida que procure aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establezca relaciones equitativas hacia el futuro.

73. Tratándose de un acuerdo abdicativo total, igualmente procede que el juez, ante la impugnación de uno de los cónyuges –el afectado por la renuncia– se detenga en la concurrencia de las condiciones del artículo 61 de la LMC y, posteriormente, aplique los mencionados criterios. Esta labor se realizará desde luego sobre la base de la prueba que, especialmente, rinda en juicio el que pretende alcanzar una compensación económica a su favor.

74. LEPIN (2012) p. 16.

75. Ley 19.947, de 2004.

76. Ley 19.947, de 2004.

Al prestar atención a la definición de suficiencia que suministra el citado artículo 55 de la LMC⁷⁷, se advierte que los criterios para calibrarla se encuentran en ambos niveles que determinan la aprobación o rechazo del acuerdo y no sólo eso, sino que es coherente con la finalidad que cumple la compensación económica, esto es, corregir la disparidad económica para evitar, de este modo, un empeoramiento futuro del cónyuge beneficiario. No busca compensar el menoscabo en el sentido propio de la responsabilidad civil, sino que aminorarlo en términos que el monto y la forma de pago permitan alcanzar una cierta autonomía en el plano económico que le permita insertarse plenamente en el mercado laboral o mejorar sus actuales condiciones⁷⁸.

Así, el juez aprobará el acuerdo en la medida que se ajuste a derecho y aminore el menoscabo económico.

Ahora bien, lo cierto es que el juez no puede negar lugar al divorcio bajo el pretexto de que el acuerdo regulador no cumple con los aludidos requisitos; por el contrario, debe igualmente decretarlo. Al aceptar esta conclusión, habrá que determinar cómo se integra el citado artículo 55 de la LMC⁷⁹. La respuesta la ofrecen los artículos 27 y 31 de la misma LMC⁸⁰, que se refieren al acuerdo regulador de la separación judicial de los cónyuges. La primera regla, al igual que en el divorcio, exige para la separación judicial de común acuerdo la presentación de un acuerdo regulador, que debe ser completo y suficiente, reiterando los criterios del artículo 55 para calibrar la observancia o no de dichos requisitos. Se trata de disposiciones idénticas, sin embargo, el artículo 31, a diferencia de lo que sucede en materia de divorcio, proporciona una regla sobre el particular. El texto del artículo 31 es el siguiente:

“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”.

77. Ley 19.947, de 2004.

78. BARRIENTOS (2007) p. 24; DOMÍNGUEZ (2007) p. 111; VIDAL (2008) p. 317; VIDAL (2009a) p. 96.

79. Ley 19.947, de 2004.

80. Ley 19.947, de 2004.

Nótese que el precepto ordena al juez evaluar el acuerdo presentado por los cónyuges, debiendo en la sentencia subsanar sus deficiencias o modificarlo, si fuere incompleto o insuficiente.

Pues bien, en materia de divorcio no se prevé una disposición legal como la del artículo 31, sin embargo, atendido el carácter estatutario de la LMC⁸¹, una laguna como ésta ha de integrarse con cargo a las norma y principios que inspiran el derecho matrimonial. Siendo así, conforme con el artículo 3 de la LMC⁸² y el régimen legal del divorcio, resulta acertado aplicar la misma solución del artículo 31, en términos que el juez deberá evaluar el acuerdo –no existe otra forma de entenderlo si es que si el artículo 55⁸³ establece estos dos requisitos– y, para el caso de que sea incompleto o insuficiente, procederá a subsanar sus deficiencias –completarlo o modificarlo– y corregir la insuficiencia, velando, de esta manera, por el respeto del principio de protección del cónyuge más débil y, además, de los criterios que modulan la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación⁸⁴.

Se logra, de este modo, la necesaria simetría del régimen de la separación judicial y divorcio de común acuerdo.

Surge una nueva manifestación de la libertad contractual tutelada del derecho de familia, en este caso, confirmando al juez facultades que resultan exorbitantes desde la vereda del derecho de contratos gobernado por el principio del *pacta sunt servanda*, sumándose a los excepcionales supuestos de fractura de la intangibilidad de contrato ante el juez⁸⁵. No solo se trata de suplir judicialmente una convención celebrada entre dos partes capaces, sino que de modificarla, subsanando sus deficiencias.

Llegados a este punto, la pregunta que ha de hacerse es la siguiente: ¿Será posible llenar el vacío, ahora del artículo 63 de la LMC⁸⁶, recurriendo a la disposición del artículo 31, reconociendo al juez la facultad de corregir o modificar el acuerdo si resulta insuficiente? La respuesta es que sí. La razón es bastante sencilla: así como el juez no puede rechazar la demanda de divorcio en razón de un acuerdo insuficiente, tampoco puede hacerlo si no aprueba el acuerdo compensatorio. Además, si el juez tiene la facultad de corregir el acuerdo si se inserta en un acuerdo regulador de divorcio, desde luego, al existir la misma razón, también la tendrá, tratándose de un acuerdo compensatorio incorporado en el marco de un divorcio unilateral. Dos son los adagios que hacen tracción a favor de esta solución, donde existe la misma razón, existe la misma disposición; y, en segundo lugar, quien puede lo más, desde luego, puede lo menos.

81. Ley 19.947, de 2004. BARRIENTOS (2007) p. 17.

82. Ley 19.947, de 2004.

83. Ley 19.947, de 2004.

84. Ver artículo 62 de la Ley 19.947, de 2004.

85. LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) pp. 319-326.

86. Ley 19.947, de 2004.

En consecuencia, al rechazar el acuerdo, el juez no sólo podrá, sino que deberá, corregir el acuerdo, modificando su cuantía y/o forma de pago de la compensación.

Conclusiones

Los cónyuges gozan de una libertad de pacto en relación con la compensación económica, la que, empero, queda sujeta a la revisión y aprobación judicial.

El pacto mediante el cual se establecen los términos de la compensación económica es un negocio jurídico procesal, razón que explica la intervención judicial para que produzca efectos.

En su labor de aprobación, el juez tiene el deber de revisar el contenido íntegro del acuerdo de compensación económica, sea o no que se formulen objeciones por parte de alguno de los cónyuges a su contenido. Dicha revisión abarca dos niveles distintos: la libertad y conocimiento de los cónyuges al momento de celebrar el pacto, por un lado, y el apego a las disposiciones y principios que gobiernan la compensación económica, por otro.

La revisión judicial implica la posibilidad de que el juez rechace los términos del acuerdo, total o parcialmente. En caso de haber rechazo, la situación será análoga a la de la falta de acuerdo, por lo que el juez podrá modificar los términos involucrados, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 64 a 66 de la LMC.

Agradecimientos

Los autores agradecen el apoyo brindado por doña Mindra Pino Sotomayor, profesora de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Sobre los autores

Álvaro Vidal Olivares es abogado, doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, y Director y profesor titular del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Oscar Silva Álvarez es abogado, doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y profesor asociado de Derecho Procesal en la misma casa de estudios.

Referencias bibliográficas

- ARMENTA, Teresa (2021): *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- BARCÍA, Rodrigo (2020): “*Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia*” (Santiago, Thomson Reuters, Tomo I). Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2020/42750569/v1> [Fecha de consulta: 09 de enero de 2024].
- BARRIENTOS, Javier (2007): “*La compensación económica como ‘derecho’ de uno de los cónyuges y ‘obligación’ correlativa del otro. De sus caracteres*”. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, N° 9, pp. 9-44.
- BUSTOS, Claudia (2023): “*La autonomía de la voluntad de los cónyuges para convenir la compensación económica*”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 42, pp. 126-154.
- CASTILLEJO, Raquel (2014): *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones* (Madrid, La Ley Ediciones).
- CÉSPEDES, Carlos (2008): “*El carácter dispositivo de la compensación económica*”. En *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Universidad San Sebastián, N°10, pp. 11-22.
- CHIOVENDA, Giuseppe (2005): *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Valletta Ediciones, vol. III).
- COLOMBO, Juan (2019): *Los actos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO (15 de diciembre de 2003): “Segundo Informe de Comisión de Constitución en Sesión 19. Legislatura 350, Boletín N° 1759 – 18”.
- CORRAL, Hernán (2007): “*La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial*”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N°1, pp. 23-40.
- CORTÉS, Valentín y MORENO, Vicente (2023): *Derecho procesal civil. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DE LA OLIVA, Andrés (2012): *El papel del Juez en el Proceso Civil* (Pamplona, Civitas Ediciones).
- DIDIER JR., Fredie (2017): “*Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo Código Procesal Civil Brasileño*”. En *International Journal of Procedural Law*, vol. 7, N°1, pp. 39 y ss.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (2005): “*El convenio regulador y la compensación económica, una visión en conjunto*”. En ASSIMAKÓPULOS, Anatasía y CORRAL, Hernán (eds.). *Matrimonio Civil y divorcio. Cuadernos de Extensión Jurídica 11* (Santiago, Universidad de Los Andes).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO Carmen, (2007): “*La Compensación Económica: Nueva Figura en el Derecho Matrimonial Chileno*”. En *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 4, N° 1-2, pp. 417-438.

- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2018): “*Determinación convencional, capitulaciones matrimoniales (regulación anticipada) y renuncia de la compensación económica*”. En DOMÍNGUEZ, Carmen (coord.): *Estudios de Derecho de Familia III* (Santiago, Thomson Reuters Chile), pp. 159-171.
- GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro (2005): *Derecho Procesal Civil* (Madrid, Editorial Aranzadi, Tomo I).
- HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- LANCHAS, José (2021): *La intervención judicial en la formación de los negocios patrimoniales* (Madrid, Editorial Dykinson).
- LATHROP, Fabiola (2006): “*Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de las crisis matrimoniales*”. En *Revista Jurídica, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, N°10, pp. 71-94.
- LEPIN, Cristián (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, Año 18, N°1, pp. 3-36.
- LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián (2017): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters Chile, sexta edición).
- LLULLE, Philippe (2013): *Divorcio, Compensación Económica y Responsabilidad Civil Conyugal* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- MONTERO, Juan, GÓMEZ, Juan, BARONA, Silvia y CALDERÓN, María (2019): *Derecho Jurisdiccional* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Tomo II).
- MONTERO, Juan, FLORS, José y ARENAS, Rafael (2006): *Separación y divorcio tras la ley 15/2005* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- MONTERO, Juan (2002): *El convenio regulador en la separación y en el divorcio* (La aplicación práctica del artículo 90 del Código Civil) (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- NÚÑEZ, Raúl, CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2016): “*Acerca de la homologación del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en las conciliaciones sobre libre competencia de Chile*”. En BARONA VILAR, Silvia (ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (Pamplona: Civitas-Thomson Reuters), pp. 367 – 392.
- ONFRAY, Arturo (2022): *Derecho Procesal Civil. Parte Segunda. Actos Jurídicos Procesales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- PALAVECINO, Adriana (2015): “*Compensación económica para el cónyuge o conviviente civil: Una mirada desde el análisis económico del derecho*”. En *Revista chilena de derecho y ciencia política*, vol. 6, N°2, pp. 33-62.
- PRADO, Pamela (2023), “*La autonomía privada en el acuerdo de compensación económica*”. En LÓPEZ, Patricia (dir.). *Estudios de Derecho de Familia VI* (Santiago,

- Thomson Reuters Chile), pp. 691-708.
- RIVEROS, Carolina (2021): *Acuerdos pre y postmatrimoniales en el ordenamiento jurídico chileno* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- SCHUMANN, Guillermo (2002): *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- VIDAL, Álvaro (2008): “*La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial*”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 31, pp. 289-321.
- VIDAL, Álvaro (2009a): “*La Compensación Económica por Ruptura Matrimonial. Una Visión Panorámica*”. En PIZARRO WILSON, Carlos (ed.). *Cuadernos de Análisis Jurídicos: Compensación Económica por Divorcio o Nulidad. Colección Derecho Privado* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Tomo V).
- VIDAL, Álvaro (2009b): “*Forma de pago y protección del derecho a compensación económica por divorcio o nulidad*”. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°2, Julio de 2009, pp. 69-99.
- WEGNER, Veronika (2021): “*¿Pueden los esposos convenir la compensación económica en capitulaciones matrimoniales prenupciales?*”. En VIDAL, Álvaro e ILLANES, Alejandra (eds.). *Estudios de Derecho de Familia V* (Santiago, Tirant lo Blanch), pp. 629-637.

Jurisprudencia citada

- Ana María Bañados Morandé y Santiago Communs Marón* (2019): Corte Suprema, 27 de febrero de 2020 (recurso de casación en el fondo, rol 3954-2019).
- Carmen Teresa Varoli con Benito Hey Icka* (2023): Corte Suprema, 29 de junio de 2023 (recurso de casación en la forma y el fondo rol 9787-2022).
- Cristian Marchessi Durán* (2012): Tribunal Constitucional, 27 de septiembre de 2012 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, rol 2102 -11-INA). Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2549> [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2023].
- Gutiérrez Hurtado José Raimundo Con Correa Opazo María Soledad* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de abril de 2007 (recurso de apelación rol 5680-2007).
- Reservado* (2005): Corte de Apelaciones de Concepción, 02 de diciembre de 2005 (recurso de casación, rol 2741-2005). Disponible en CL/JUR/1504/2005 [Fecha de consulta: 01 de septiembre de 2023].
- Roberto Sottolichio Urquiza con Mariana Ojeda Zurita* (2016): Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de marzo de 2016 (recurso de apelación, rol 174-2016).
- Sergio Cabezas López con Irma Rosa Silva Castañeda* (2007): Corte de Apelaciones de San Miguel, 06 de septiembre de 2007 (recurso de apelación, rol 1286-2007).

Normas citadas

Código Civil chileno, de 1855. Texto refundido, coordinado y sistematizado. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Código Civil español, de 1889. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889.

Código de Procedimiento Civil chileno, de 1903. Diario Oficial, 30 de agosto de 1902.

Ley 19.947, de 2004. Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial, 17 de mayo de 2004.