

## LA RELEVANCIA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES PARA EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA\*

CAROLINA RIVEROS FERRADA\*\*

**RESUMEN:** La sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca rebaja el monto de una compensación económica. Dicha rebaja se funda en la existencia de bienes que formarán los gananciales, al liquidarse el régimen matrimonial. Con dicha decisión la Corte establece lo que en la doctrina civil alemana se conoce como la prohibición de la doble valoración de activos y pasivos. El objetivo de este ensayo es examinar desde una perspectiva dogmática los fundamentos de la incorporación del régimen matrimonial para la fijación de la compensación económica.

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio - divorcio - compensación económica - régimen matrimonial.

## THE IMPORTANCE OF THE MARITAL PROPERTY REGIME IN ORDER TO DETERMINE ECONOMIC COMPENSATION

**ABSTRACT:** A sentence from the Court of Appeals from Talca reduces the amount of an economic compensation. Said reduction, is based in the existence of goods that will make up the community property when the marital property regime is settled. With this verdict the Court establishes what in the German civil doctrine is known as the double valuation of assets and liabilities ban. The objective of this essay is to examine the foundation of the incorporation of the marital property regime to establish the economic compensation from a dogmatic perspective.

**KEY WORDS:** Marriage - divorce – economic compensation – marital property regime.

---

\* Fecha de recepción: 23 de abril de 2012.  
Fecha aceptación: 11 de mayo de 2012.

\*\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Magíster en Derecho, (LL.M), Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; Doctora en Derecho, Ludwig-Maximilian-Universität. Profesora de Derecho Civil y Directora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Central de Chile. Correo electrónico: caro\_riveros@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

El divorcio vincular en Chile es una institución relativamente nueva, puesto que, aún no cumple 10 años de vigencia. Entre sus efectos jurídicos personales crea el estado civil de divorciado; entre sus efectos jurídicos patrimoniales se encuentra la disolución del régimen matrimonial y el destino de los bienes familiares, la cesación de los derechos hereditarios y finalmente la eventual compensación económica en los casos que de acuerdo a la ley, así proceda. Aunque no es el objetivo de este trabajo referirme a todos los posibles conflictos que pudiesen surgir a propósito de los efectos jurídicos del divorcio, lo cierto es que la realidad impide desentenderse de la relación existente entre los diversos efectos jurídicos, ya que, finalmente el patrimonio que poseen los cónyuges al momento de terminar su matrimonio es, por regla general, un patrimonio común que debe ser repartido de la mejor forma entre los cónyuges, procurando esencialmente velar por el cónyuge más débil y por los intereses de los hijos.

Ahora bien, dentro de los efectos jurídicos del divorcio, la compensación económica fue del todo novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina civil chilena ha estudiado arduamente el tema de la compensación económica, analizando múltiples aspectos, así por ejemplo, se ha ocupado concienzudamente de descubrir su naturaleza jurídica<sup>1</sup>, también ha abordado los elementos que permiten su procedencia como asimismo aquéllos que determinan su cuantía

En este trabajo, me ocuparé de la relación existente entre el régimen matrimonial, especialmente al régimen legal supletorio en Chile<sup>2</sup> y la incidencia que este pueda tener en la determinación de la compensación económica; para dicho efecto analizaré la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de ocho de abril de 2011<sup>3</sup>, que estima necesario para la determinación de la cuantía de la compensación económica, entre otros

<sup>1</sup> Para conocer las diferentes posturas doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica, véase: BARCIA, Rodrigo y RIVEROS, Carolina (2011): "El carácter extrapatrimonial de la compensación económica". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 2, pp. 249 -278.

<sup>2</sup> Me permito excluir el referirme al régimen de participación en los gananciales, puesto que, menos del 3% de los matrimonios lo adoptan como régimen patrimonial en nuestro país. En efecto, en el año 2006, se casaron bajo este régimen: 1.515, en 2007: 1.579, en 2008: 1.443, en 2009: 1.603, en 2010: 1.474, finalmente en el año en curso lo han pactado 1.028 parejas. Véase al respecto [http://www.registrocivil.cl/f\\_estadisticas.html](http://www.registrocivil.cl/f_estadisticas.html), [fecha de visita 7 de noviembre de 2011]. Sin embargo, esto no impide pensar que si uno de los cónyuges, pudiese obtener un crédito por gananciales, debiese aplicarse la misma lógica y por ende, atender en primer lugar al régimen y luego fijar de acuerdo a ello el monto o cuantía de la compensación económica.

<sup>3</sup> Redacción del señor abogado integrante de la I. Corte de Apelaciones de Talca don Ruperto Pinochet Olave.

aspectos, atender al régimen matrimonial, en el caso de autos, la sociedad conyugal, para establecer si existen eventualmente gananciales y en dicho caso considerarlos para fijar el monto de la compensación económica.

## 1) PROBLEMÁTICA

La relación existente entre el régimen matrimonial y la compensación económica ha sido discutida someramente en Chile, aunque su trascendencia me parece vital. Mayoritariamente se ha sostenido que el régimen matrimonial debe tener incidencia en la determinación de la compensación económica, mas no se ha concretizado y no se han expuesto a mi entender debidamente los fundamentos de dicha tesis. Es por ello que intentaré a luz de la doctrina chilena y comparada, fijar las bases que sustente por qué el régimen matrimonial indiscutidamente debe ser incorporado para fijar la compensación económica.

### 1.1) JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TALCA

La demanda de compensación económica fue deducida por la actora reconvenicional y fue acogida por el Tribunal de primera instancia, ya que, cumplía con los requisitos para la procedencia de la compensación económica, previstos en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil. Se fijó la compensación económica en la suma de \$27.780.000 (veintisiete millones setecientos ochenta mil pesos), en noventa cuotas iguales, mensuales y sucesivas de \$308.666 (trescientos ocho mil seiscientos sesenta y seis pesos), y una cuota final de \$60 (sesenta pesos), reajustándose tales cuotas semestralmente de acuerdo a la variación que experimente el índice de precios al consumidor.

El Tribunal de alzada consideró que no era un hecho controvertido que la cónyuge se dedicó exclusivamente al cuidado de la hija y del hogar común. Sin embargo, para la fijación de la compensación económica estima necesario integrar o incorporar como elemento de juicio, que los cónyuges estaban casados bajo el régimen de sociedad conyugal, teniendo al menos los siguientes bienes comunes: Dos automóviles, dos inmuebles, y por ende, a la cónyuge le correspondería por concepto de gananciales el cincuenta por ciento del haber de la sociedad conyugal. En el considerando octavo, se establece el quid de la sentencia, toda vez, que se señala:

*“[Q]ue sin extremar las cosas, este tribunal de alzada considera que en la especie se dan las condiciones señaladas en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil para la procedencia de la compensación económica; sin embargo, discrepa con el juez de primera instancia en la ponderación de las circunstancias prescritas en el artículo 62 de la misma Ley para fijar su*

*monto. En tal sentido se estima que es necesario, en primer lugar, atender al régimen patrimonial de los cónyuges, en este caso sociedad conyugal, y si existen en la especie bienes que liquidar y, por tanto, gananciales, lo que en la especie ocurre... ”<sup>4</sup>.*

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Talca, confirma la sentencia definitiva apelada, con todo, rebaja el monto de la compensación económica a la suma de \$9.000.000 (nueve millones de pesos), en sesenta cuotas iguales, mensuales y sucesivas de \$150.000 (ciento cincuenta mil pesos), reajustándose tales cantidades anualmente de acuerdo a la variación que experimente el índice de precios al consumidor.

## 1.2) CONSIDERACIONES GENERALES

La sociedad conyugal termina, entre otras causas, con la disolución del matrimonio, y al revisar el Art. 42 LMC se establece que el matrimonio se disuelve por la muerte (natural o presunta), sentencia firme de nulidad y de divorcio.

Es menester, realizar una distinción en cuanto establecer en qué contexto se efectúa la liquidación de la sociedad conyugal. Si esta se lleva a cabo dentro del marco de un convenio regulador, será el juez el encargado de velar por criterios básicos de justicia en la determinación de los diversos efectos jurídicos del divorcio, incluyendo indudablemente la compensación económica, debido a que, el Art. 55 Inc. 2 LMC prevé la aminoración del menoscabo económico, alusión que solo puede ser entendida en relación a la compensación económica. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 16 de mayo de 2007, las partes acordaron que la adjudicación de un bien raíz a la mujer fuese a título de gananciales y a título de compensación económica<sup>5</sup>.

La problemática se plantea en cuanto definir si a la hora de fijar la cuantía de la compensación económica por el juez, este incluirá o no la eventual liquidación de la sociedad conyugal, esto es, en el evento que deba fijarse judicialmente y no de forma convencional. Además, no se puede olvidar que la compensación económica es inmutable, cuestión que hace aún más importante incorporar la eventual liquidación de la sociedad conyugal a la fijación de la cuantía de la compensación económica.

De acuerdo con una parte de la doctrina la compensación económica debe determinarse con absoluta independencia de la liquidación de la sociedad conyugal, ya que, ambos efectos jurídicos poseen un objetivo

<sup>4</sup> Lo destacado en letra redonda es mío.

<sup>5</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 16 de mayo de 2007. Rol 793-2007.

distinto<sup>6</sup>, discrepo absolutamente de esta opinión, debido a que el principio fundante de ambas instituciones es el principio del cónyuge más débil.

Otra parte de la doctrina nacional estima que con la liquidación el menoscabo económico ya se entiende equiparado y, por ende, no habría lugar para la compensación económica<sup>7</sup>. En contra de esta opinión se puede señalar, que no se puede establecer a priori que el menoscabo económico se encuentra equiparado, ya que, la sociedad conyugal podría estar cubierta de deudas, además existen argumentos de orden prácticos, es decir, la determinación de la compensación económica se efectúa, en muchos casos, antes que la liquidación de la sociedad conyugal.

La doctrina mayoritaria sostiene que debe necesariamente considerarse la liquidación de la sociedad conyugal para determinar el menoscabo económico<sup>8</sup>. Esta interpretación es la que estimo correcta, puesto que el según el Art. 62 Inc. 1 LMC la situación financiera de ambos cónyuges juega un rol vital en la fijación de la cuantía y en ella no puede excluirse la liquidación de la sociedad conyugal. En este contexto, se pueden incluir algunas consideraciones que a mi modo de ver, permiten enriquecer la idea de la consideración a priori de la liquidación del régimen matrimonial para efectos de fijar la compensación económica. En primer lugar, abordaré el principio de cónyuge más débil, enseguida me referiré a lo que en la doctrina civil alemana se conoce como la prohibición de la doble valoración de activos y pasivos.

## 2) FUNDAMENTOS DE LA INCLUSIÓN DE LA EVENTUAL LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL PARA EFECTOS DE LA FIJACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

### 2.1) EL PRINCIPIO DEL CÓNYPUGE MÁS DÉBIL

Primeramente, quisiera exponer que si bien el principio del cónyuge más débil, ha tenido mayor relevancia con la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil y que este principio encuentra su reconocimiento expreso en el Art. 3 Inc.1 de la LMC, no es menos cierto que, la existencia

---

<sup>6</sup> PIZARRO WILSON, Carlos (2004). “La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 3, pp. 93-94.

<sup>7</sup> CUEVAS, citado en CORRAL TALCIANI, Hernán (2007). “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N°1, pp. 23 -40.

<sup>8</sup> VERDUGO BRAVO, Ismael (2006). “Consideraciones acerca de los factores para determinar el monto o cuantía de la compensación económica con motivo de la nulidad o divorcio matrimonial”, en *Estudios de Derecho Civil II*, pp. 195- 210. VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006). “La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coord.) *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 267 s.

de un régimen patrimonial en el matrimonio, implica sin duda alguna la protección del cónyuge más débil. Así lo establece expresamente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, al indicar en su considerando séptimo: “... *por lo que a la mujer corresponde por concepto de gananciales el cincuenta por ciento del haber de la sociedad conyugal, siendo este un importante correctivo establecido por la ley desde los inicios de vigencia del Código Civil que reconoce el trabajo realizado en el cuidado de los hijos y del hogar común por las mujeres, en la mayoría de los casos*”<sup>9</sup>.

Además, es menester indicar que incluso el proyecto de ley que modifica el Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal, funda la conveniencia de conservar el régimen de sociedad conyugal en el argumento de protección al cónyuge más débil, señalando: “*El régimen de sociedad conyugal contempla ciertos beneficios favorables para aquellas mujeres que más tiempo han destinado al cuidado de los hijos y a las labores del hogar y que, por lo mismo, han reunido menores ingresos que el marido*”<sup>10</sup>.

Por lo mismo, no es posible aceptar aquella posición doctrinaria que estima que ambos efectos jurídicos tienen objetivos distintos, debido que el objetivo de ambas instituciones es común, esto es, proteger al cónyuge más débil.

Así, también lo han recogido otras legislaciones, por ejemplo, en el caso del ordenamiento jurídico alemán, este realizó ya en la década de los 60 un reconocimiento al cónyuge más débil. El régimen de participación en los gananciales fue incorporado como régimen legal matrimonial al Derecho alemán a través de la Ley de Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres de 18.06.1957<sup>11</sup>. La idea central del régimen legal es la igualdad entre hombres y mujeres en materia de regímenes matrimoniales, especialmente la protección del cónyuge que realiza las labores domésticas o de cuidado de los hijos. El antiguo sistema, implicaba que el marido tenía un derecho de administración del patrimonio de la mujer. Ese régimen era inconstitucional, pues vulneraba el principio de igualdad entre hombres y mujeres (Art. 3 Abs. 2 GG)<sup>12</sup>. El legislador previendo las dificultades de la nueva norma constitucional, estableció en el Art. 117 Abs. 1 GG<sup>13</sup> un plazo hasta el 31.03.1953 para la entrada en vigencia

<sup>9</sup> Lo destacado en letra redonda es mío.

<sup>10</sup> Boletín 7567-2007 p.4.

<sup>11</sup> BOSCH, Friedrich (1954) “Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts”. *FamRZ* 1954, pp. 149 - 156.

<sup>12</sup> Art. 3 II GG establece “Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin”.

<sup>13</sup> Art.117 I GG dispone: “Das dem Art. 3 Abs. 2 entgegenstehende Recht bleibt bis zu seiner Anpassung an diese Bestimmung des Grundgesetzes in Kraft, jedoch nicht länger als bis zum 31.3.1953”.

del Art. 3 Abs. 2 GG. El plazo fijado por la norma constitucional no fue cumplido y existió un período (1.4.1953 bis 30.6.1957) de vacío legal en el cual, fue aplicado el régimen de separación legal<sup>14</sup>. Finalmente el mandato legal de igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho de Familia alemán se cumplió el 01.07.1958 y desde esa fecha el régimen matrimonial legal alemán es constitucional.

Es decir, en un tema tan fundamental, cual es, los regímenes patrimoniales del matrimonios, se acoge la tesis que puede existir durante y sobre todo en la disolución del matrimonio una desigualdad entre cónyuges que debe ser equilibrada, en favor del cónyuge más débil, que de acuerdo a la legislación chilena actual, es aquel cónyuge que se ha dedicado al cuidado de los hijos y a las tareas del hogar, a través de la sociedad conyugal o por medio del régimen de participación en los gananciales.

El mismo principio sustenta a la compensación económica, razón por la cual estimo evidentemente necesario ponderar ambos efectos jurídicos de forma conjunta, ya sea efectuándolo de forma simultánea lo que realizará en el marco del convenio regulador o a lo menos realizando una estimación a priori de los gananciales, para efectos de incluirlos al momento de fijar la cuantía de la compensación económica.

## **2.2) LA PROHIBICIÓN DE LA DOBLE VALORACIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS DE LA DOCTRINA CIVIL ALEMANA**

Esta es una noción desarrollada por la jurisprudencia y doctrina alemana. A pesar que en el Derecho alemán no se conoce la institución de la compensación económica, sino que existen los alimentos posmatrimoniales es muy interesante revisar cómo la doctrina civil alemana ha abordado los conflictos entre los distintos efectos jurídicos del divorcio. En efecto, se ha discutido latamente la relación existente entre el régimen de participación en los gananciales<sup>15</sup> con los alimentos posmatrimoniales. El énfasis se realiza en la aceptación o no de una doble valoración de los activos y los pasivos tanto en el régimen matrimonial como en los alimentos posmatrimoniales.

En primer lugar, se debe indicar, en términos muy generales, que existen varios efectos jurídicos del divorcio alemán, entre ellos, está un crédito de participación en los gananciales, un crédito por alimentos, también existe un crédito por la compensación por las cotizaciones previsionales, y finalmente la distribución de los enseres y el inmueble fami-

---

<sup>14</sup> *BVerfG* NJW 1954, 65, 68.

<sup>15</sup> Dicho régimen es el legal supletorio y está regulado en los §§ 1363 y ss. del BGB.

liar<sup>16</sup>. La única relación que no está normada es aquella que puede surgir entre el crédito de participación en los gananciales y los alimentos. La ley ha establecido que habiéndose considerado determinados valores para el crédito de la compensación de las cotizaciones previsionales o para la distribución de los bienes arriba indicados, estos valores quedan excluidos de la determinación de los gananciales. Es por ello que puede surgir un conflicto respecto de aquellos valores que pueden ser considerados tanto para el crédito de participación en los gananciales como para los alimentos<sup>17</sup>.

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán<sup>18</sup> no es posible efectuar una doble valoración de los activos y pasivos, por lo tanto, cabe hacerse la pregunta en qué consiste la prohibición de la doble valoración, en segundo lugar en cuál efecto jurídico deben incorporarse dichos valores y por lo tanto, en cuál deben excluirse.

El Tribunal Supremo alemán ha declarado que si un valor ha sido considerado para determinar los alimentos o el crédito por la compensación de cotizaciones previsionales no puede nuevamente ser considerado para los efectos de determinarse el crédito de participación en los gananciales<sup>19</sup>. Fundamental en este sentido es que el Tribunal rechaza tajantemente la doble participación de un cónyuge en el patrimonio del otro cónyuge. Por ello, es que no se permite la doble valoración tanto en los alimentos como en el crédito de participación en los gananciales, dicha prohibición no solo afecta a los activos sino que también a los pasivos. La doctrina mayoritaria en Alemania está de acuerdo con la prohibición de la doble valoración consideración de activos<sup>20</sup>, sin embargo, en cuanto a los pasivos la doctrina no es tan pacífica.

En relación con los activos, por ejemplo, en el caso de las indemnizaciones, si el empleador ha pagado alguna indemnización en razón del término de la relación laboral, dicha compensación tiene como función reemplazar a los ingresos y por ese motivo deben considerarse para los

<sup>16</sup> Las normas del Hausrats VO fueron incorporadas al BGB por la reforma del régimen de participación en los gananciales. §§ 1568a und b. Véase también: WEINREICH, Gerd (2009) "Die Reform des Güterrechts". *FuR* 2009 497- 509 p. 508; ELDEN Erkan (2009) "Abgrenzung zwischen Hausratsverfahren und Güterrecht". *NJW-Spezial* 2009, pp. 356 – 357.

<sup>17</sup> GRABA, Hans-Ulrich (2004) "Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2003". *FamRZ* 2004, p. 581 – 592, p. 587.

<sup>18</sup> BGH *FamRZ* (2003), 432; 1544.

<sup>19</sup> BGH *FamRZ* (2003), 432.

<sup>20</sup> Véase RIVEROS, Carolina (2010) *Nachelicher Unterhalt: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, spanische und chilenischen Recht*, p. 82, nota al pie 267.

alimentos<sup>21</sup>. De acuerdo con SCHULZ<sup>22</sup> pueden surgir situaciones en las cuales una parte de la indemnización no preste una función alimentaria y por ende, pueda ser incorporada al patrimonio final para efectos de determinar los gananciales. En un caso los cónyuges estimaron que la indemnización fuese considerada como relevante para los alimentos y por esa razón el Tribunal Supremo alemán rechazó una consideración en el patrimonio final del deudor<sup>23</sup>. En otro caso la Corte de Apelaciones de München estimó una indemnización en el marco de una jubilación adelantada como relevante para los alimentos y debido a la prohibición de la doble consideración la excluyó de la determinación del crédito de participación en los gananciales<sup>24</sup>.

La primacía de la solución vía alimentos relativa a las indemnizaciones se funda según Gerhardt y Schulz<sup>25</sup> en primer lugar en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, que ha sido citada<sup>26</sup>. Enseguida no sería justo otorgarle ese derecho de elección solo al alimentario. Finalmente, de acuerdo a la jurisprudencia relativa al control de contenido de los pactos matrimoniales<sup>27</sup> y específicamente a la teoría del núcleo de los derechos fundamentales aplicada a los efectos jurídicos del divorcio se establece que para determinar o definir el núcleo se realiza una gradación de los efectos jurídicos del divorcio<sup>28</sup>. En el núcleo central se encuentra los alimentos y en la última órbita más alejada, se halla el crédito de participación en los gananciales. Todas las indemnizaciones que sirven para cubrir las necesidades propias del alimentante y del alimentario son, por lo tanto, sustraídas del crédito de participación en los gananciales<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> OLG (1995) *Brandenburg FamRZ* 1995, 1221; KALTHOENER/BÜTTNER/NIEPMANN (2002) *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts*, . Rn. 794; respecto de la calificación de indemnizaciones laborales, véase: MAURER, Hans -Ulrich (2005) "Zur Qualifikation arbeitsrechtlicher Abfindungen - Unterhaltsrecht oder Güterrecht?". *FamRZ* 2005, pp. 757-762, en respuesta a Maurer: KOGEL, Walter (2005) "Doppelberücksichtigung Anmerkung zu Maurer: Zur Qualifikation arbeitsrechtlicher Abfindungen - Unterhaltsrecht oder Güterrecht". *FamRZ*, 2005, 757 ss., *FamRZ* 2005, pp.1524 -1526.

<sup>22</sup> SCHULZ, Werner (2006) "Zur Doppelberücksichtigung von Vermögenspositionen beim Unterhalt und Zugewinn". *FamRZ* 2006, pp. 1237 – 1248, p. 1238.

<sup>23</sup> BGH *FamRZ* 2004, 1352, crítico al respecto GERHARDT, P/ SCHULZ, W (2005) "Verbot der Doppelverwertung von Abfindungen beim Unterhalt und Zugewinn". *FamRZ* 2005, pp. 145 -147. OLG Hamm, *FuR* 2007, 235.

<sup>24</sup> OLG München OLGReport, 2005, 71 ff.

<sup>25</sup> GERHARDT/SCHULZ, (2005) *FamRZ* 2005, 145 ff.

<sup>26</sup> BGH *FamRZ* 2003, 432.

<sup>27</sup> BGH *FamRZ* (2004), 601 ff.

<sup>28</sup> DAUNER-LIEB, Barbara (2001) "Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht". *AcP* 201 p. 295. Véase además, BARCIA, Rodrigo y RIVEROS, Carolina: "El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia", en *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, en proceso de publicación.

<sup>29</sup> HAUSSELEITER, O/SCHULZ, W (2004) *Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung*, 4.Aufl. Rn. 128.

Sin embargo, para Kogel<sup>30</sup> el alimentario posee un derecho de elección. El autor estima que solo deben considerarse aspectos importantes para el alimentario, por ejemplo, si se fuese a convivir con su nueva pareja esto podría significar el cese de los alimentos, por ello, en tal caso le convendría excluir los activos de los alimentos y solicitar su incorporación al patrimonio final de su cónyuge, para de esta manera aumentar el crédito de participación en los gananciales.

En relación con los pasivos, la prohibición de la doble valoración es un tema muy discutido. En primer lugar, es preciso indicar que la prohibición solo se refiere al rescate de la deuda y no a los intereses que con ella se originan<sup>31</sup>, debido a que, los intereses no son considerados a la hora de determinar los gananciales y solo juegan un rol en materia de alimentos cuando aquellos han marcado la vida matrimonial<sup>32</sup>.

Esencialmente se debe definir si los pasivos se considerarán para los alimentos posmatrimoniales o para el crédito de gananciales. La Corte de Apelaciones de München<sup>33</sup> en dos ocasiones y la Corte de Apelaciones de Saarbrücken<sup>34</sup> en una ocasión han acogido la tesis de la prohibición de la doble valoración. La deuda fue rebajada del patrimonio final del deudor del crédito y debido a ello no pudo ser nuevamente rebajado para estimar el monto de los alimentos posmatrimoniales.

Cuando las deudas ya fueron consideradas para determinar los alimentos posmatrimoniales, cabe preguntarse si es posible incorporarlos en la determinación del crédito de participación en los gananciales. La Corte de Apelaciones de Koblenz<sup>35</sup> admitió la inclusión de deudas para fijar las ganancias, aunque con antelación dichas deudas habían sido comprendidas en la fijación de los alimentos<sup>36</sup>, lo cual obviamente implica desconocer la prohibición de doble valoración.

<sup>30</sup> Véase RIVEROS (2010) p. 83, nota al pie 277. KOGEL, Walter (2004) "Doppelberücksichtigung von Abfindungen und Schulden im Unterhalt und Zugewinnausgleich". *FamRZ* 2004, pp.1614 – 1619, p. 1616, el mismo autor (2007), "Strategien beim Zugewinnausgleich" 2. Aufl. p. 57 Rn. 252.

<sup>31</sup> Crítico al respecto SCHMITZ, Hans-Walter (2005) Anmerkung zu dem Beitrag "Verbot der Doppelverwertung von Schulden beim Unterhalt und Zugewinn" von Gerhardt und Schulz. *FamRZ* 2005, 317 ss, *FamRZ* 2005, pp. 1520- 1521. MAIER, Winfried (2006) "Vom Unterhalt bei Vermögensauseinandersetzung". *FamRZ* 2006, pp. 897- 901.

<sup>32</sup> GERHARDT/SCHULZ (2005) "Verbot der Doppelverwertung von Schulden beim Unterhalt und Zugewinn", *FamRZ* 2005, pp. 317 - 320 *FamRZ* 2005, 320; MÜNCH, Christof (2006) "Verbot der Doppelverwertung und Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich". *FamRZ* 2006, pp. 1164 – 1170, p.1169.

<sup>33</sup> OLG München *FamRZ* 2005, 459 s.; *FamRZ* 2005, 713ss.

<sup>34</sup> OLG Saarbrücken *FamRZ* 2006, 1038 ss.

<sup>35</sup> OLG Koblenz *FuR* 2007, 542 ss.

<sup>36</sup> A favor: KOCH, Elisabeth (2008) "Die geplanten Neuregelungen des Zugewinnausgleichs". *FamRZ* 2008, pp 1381-1388, p. 1383.

La doctrina mayoritaria adopta la tesis de la prohibición de la doble valoración<sup>37</sup>, en el caso que las deudas ya hayan sido incluidas en la determinación del crédito. En el segundo caso, es decir, cuando ya han sido incluidas en los alimentos, debiese llegarse a la misma conclusión, por razones de justicia y equidad. La Corte de Apelaciones de Koblenz argumentaba su fallo indicando que el destino del pago de los alimentos era incierto, razón que en verdad permite priorizar la inclusión de las deudas en la determinación del crédito y excluir definitivamente una doble valoración.

En caso de deudas es esencial determinar, en razón de quien se asumió dicha obligación y tras la disolución del matrimonio, cuál de los cónyuges se verá beneficiado<sup>38</sup>.

En el caso de deudas personales, estas deben según Gehardt y Schulz<sup>39</sup> incorporarse en la determinación del crédito. En el caso de deudas comunes habrá que determinar la relación interna, es decir, si las deudas comunes han surgido en beneficio de ambos o solo de un cónyuge.

## CONCLUSIÓN

La importancia de incluir para la fijación de la compensación económica el régimen matrimonial es esencial, es por ello, que estimo que la decisión de la Corte de Apelaciones de Talca ha sido acertada y permite reflexionar y ahondar a la luz de los principios fundantes del Derecho de Familia, entre otros, el principio de la protección al cónyuge más débil, y de la doctrina comparada acerca de los fundamentos de incorporación del régimen matrimonial en la determinación de la cuantía de la compensación económica.

En efecto, el Tribunal ha reservado determinados bienes al pago de los gananciales y de esta manera ha rebajado sustancialmente el monto fijado de la compensación económica en primera instancia a favor de la mujer valorando especialmente los bienes integrantes de gananciales, de los cuales la mujer recibiría la mitad. Si no hubiese optado por esta solución, habría conservado el monto de la compensación económica y con posterioridad se hubiese liquidado los gananciales, estimando por segunda vez los activos del haber común.

El principio que subyace tanto a la sociedad conyugal como a la compensación económica es el principio de la protección al cónyuge más

---

<sup>37</sup> Véase RIVEROS (2010) p. 85, nota al pie 294.

<sup>38</sup> WEVER, Reinhardt (2005) "Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts" *FamRZ* 2005, pp. 485 – 490, p. 486.

<sup>39</sup> GERHARDT/SCHULZ (2005) *FamRZ* 2005, 317 ss.

débil, recogido expresamente en el Art. 3 Inc.1 LMC. En este caso la Corte de Apelaciones de Talca ha estimado que para el caso de autos con los gananciales se ve suficientemente protegido al cónyuge más débil y por eso ha disminuido el monto de la compensación económica.

Los Tribunales de Familia, por regla general, no se hacen cargo de liquidar la sociedad conyugal al momento de determinar el monto de la compensación económica y por lo tanto, su fijación se realiza de forma absolutamente independiente de la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio. Es por ello, que es elogiado el fallo de la Corte de Apelaciones de Talca Rol 260- 2010, de ocho de abril de 2011, puesto que, en definitiva la compensación económica se ve rebajada, por aplicación de lo que en el ordenamiento jurídico alemán se conoce como la prohibición de la doble valoración de activos.

En síntesis, el valor del fallo radica esencialmente en que efectúa una revisión global de los efectos jurídicos del divorcio, aportando una solución justa ante un quiebre matrimonial.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARCIA, Rodrigo / RIVEROS, Carolina (2011). “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2, pp. 249 -278.
- BOSCH, Friedrich (1954). “Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts”. *FamRZ* 1954, pp. 149 - 156.
- CUEVAS, Gustavo (2004). “Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (N°19.947) y regímenes matrimoniales”, en AA.VV., *Curso de Actualización Jurídica: Nuevas tendencias en el Derecho Civil*. Santiago: Universidad del Desarrollo, citado en CORRAL TALCIANI, Hernán (2007). “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N°1, pp. 23 -40.
- DAUNER-LIEB, Barbara (2001). “Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht”. *AcP* 201 pp. 295 - 332.
- ELDEN Erkan, (2009). “Abgrenzung zwischen Hausratsverfahren und Güterrecht”. *NJW-Spezial* 2009, pp. 356 – 357.
- GRABA, Hans- Ulrich (2004). “Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2003”. *FamRZ* 2004, pp. 581 - 592.
- GERHARDT, P/ SCHULZ, W (2005). “Verbot der Doppelverwertung von Abfindungen beim Unterhalt und Zugewinn”. *FamRZ* 2005, pp. 145 -147.

- HAUSSLEITER, O/SCHULZ, W (2004). *Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung*, 4.Aufl. Rn. 128.
- KALTHOENER/BÜTTNER/NIEPMANN (2002). *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts*, 8. Aufl.
- KOCH, Elisabeth (2008). “Die geplanten Neuregelungen des Zugewinnausgleichs”. *FamRZ* 2008, pp. 1381-1388.
- KOGEL, Walter (2004). “Doppelberücksichtigung von Abfindungen und Schulden im Unterhalt und Zugewinnausgleich”. *FamRZ* 2004, pp.1614 - 1619.
- KOGEL, Walter (2005). “Doppelberücksichtigung Anmerkung zu Maurer: Zur Qualifikation arbeitsrechtlicher Abfindungen - Unterhaltsrecht oder Güterrecht”. *FamRZ*, 2005, 757 ss.
- \_\_\_\_\_ (2007). “Strategien beim Zugewinnausgleich”.
- MAIER, Winfried (2006). “Vom Unterhalt bei Vermögensauseinandersetzung”. *FamRZ* 2006, pp. 897- 901.
- MAURER, Hans -Ulrich (2005). “Zur Qualifikation arbeitsrechtlicher Abfindungen - Unterhaltsrecht oder Güterrecht?”. *FamRZ* 2005, pp. 757- 762.
- MÜNCH, Christof (2006). “Verbot der Doppelverwertung und Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich”. *FamRZ* 2006, pp. 1164 - 1170.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2004). “La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 3, pp. 83-104.
- RIVEROS, Carolina (2010). *Nachelicher Unterhalt: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, spanische und chilenischen Recht*.
- SCHMITZ, Hans-Walter (2005). Anmerkung zu dem Beitrag „Verbot der Doppelverwertung von Schulden beim Unterhalt und Zugewinn“ von Gerhardt und Schulz. *FamRZ* 2005, 317 ss, *FamRZ* 2005, pp. 1520- 1521.
- SCHULZ, Werner (2006). “Zur Doppelberücksichtigung von Vermögenspositionen beim Unterhalt und Zugewinn. *FamRZ* 2006, pp. 1237 – 1248.
- VERDUGO BRAVO, Ismael (2006). “Consideraciones acerca de los factores para determinar el monto o cuantía de la compensación económica con motivo de la nulidad o divorcio matrimonial”, en *Estudios de Derecho Civil II*, pp. 195- 210.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006). “La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en: Vidal Olivares,

- Álvaro (coord.), *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- WEINREICH, Gerd (2009). “Die Reform des Güterrechts”. *FuR* 2009 pp. 497- 509.