

PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO Y NULIDAD CON FONDOS DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL

ECONOMIC COMPENSATION PAYMENT UPON DIVORCE OR ANNULMENT USING PENSION FUNDS OF INDIVIDUAL CAPITALIZATION ACCOUNT

JOEL GONZÁLEZ CASTILLO¹

RESUMEN: En este trabajo el autor examina la compensación económica que un cónyuge debe pagar al otro en caso de divorcio o nulidad con cargo a los fondos previsionales de su cuenta de capitalización individual. Se revisa la historia de la ley, su fundamento y límites. Igualmente se analiza una eventual extralimitación de la Circular N° 1503 dictada por la Superintendencia de Pensiones al haber excluido las cuentas individuales voluntarias y los afiliados pasivos. Con estadísticas se demuestra el uso exponencial que se está haciendo de estos fondos para pagar, como consecuencia de la falta de otros recursos, la compensación económica debida al otro cónyuge. Finalmente se trata el tema de la eventual inconstitucionalidad del artículo 80 de la Ley N° 20.225 y su congruencia con el sistema legislativo en general.

Palabras clave: Matrimonio, divorcio, compensación económica, fondos previsionales.

ABSTRACT: In this paper the author examines the economic compensation scheme that a spouse must pay the other upon divorce or annulment using pension funds of individual capitalization account. It analyzes the history of the law, its rationale and limits. Also it discusses if the *Circular N° 1503*, issued by the *Superintendencia de Pensiones*, is *ultra vires*, due to the exclusion of voluntary individual accounts and passive members. The article, based on statistics, shows the exponential use these funds to pay, due to the lack of other resources, the economic compensation to the other spouse. Finally, it addresses the possible unconstitutionality of Article 80 of Law N° 20.225 and its consistency with the legal system.

Key words: Marriage, divorce, economic compensation, pension funds.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se enfrenta un divorcio los cónyuges en la mayoría de los casos ya están separados de hecho y han tenido un juicio de alimentos y, por tanto, parte de la remuneración de uno de ellos –generalmente del marido– está siendo retenida para asegurar su pago. De esta manera los jueces de familia al dictar sentencia y determinar la forma de pago de la compensación² se topan con esta realidad de un marido cuya capacidad para pagarla está limitada por dicha pensión de alimentos y porque no hay otros bienes a los cuales recurrir. Sobre esto último no debe olvidarse que el sueldo promedio en Chile sigue siendo bajo y

¹ Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jagonzac@uc.cl

² Para la más reciente literatura sobre compensación económica, véase GONZÁLEZ (2012), RIVEROS (2012), LEPIÑ (2012), BARCIA y RIVEROS (2011), CONTARDO (2010).

en muchas familias el gran activo lo constituye la casa habitación que de seguro cada mes debe pagar un dividendo hipotecario.

Como se prueba en este *paper* el uso de los fondos de capitalización individual para pagar la compensación ha crecido exponencialmente y la causa más probable de ello es la insuficiencia de otros medios para poder solventarla, ya explicado, y el mayor conocimiento de la ley a cuatro años de su dictación. Nuestra apreciación es que con el tiempo ello se acentuará con toda la implicancia que significa usar fondos tan especiales como lo son los ahorros previsionales que cada persona ha hecho a lo largo de su vida para su mantención una vez que cese su vida laboral. De ahí la importancia de aclarar diversos aspectos de esta forma de pago de la compensación.

Hacemos presente al lector la imposibilidad de confrontar las posiciones que tomamos frente a determinados temas con las de otros autores o sentencias por la prácticamente nula doctrina y jurisprudencia existente sobre esta delicada cuestión, lo cual probablemente se deba al poco tiempo transcurrido desde la vigencia de la ley y el tecnicismo de seguridad social que la misma conlleva.

2. LEY N° 20.255 QUE AUTORIZA EL PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA CON EL TRASPASO DE FONDOS DESDE LA CUENTA DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL

El Mensaje Presidencial con el que se inició el proyecto de ley que perfecciona el sistema previsional luego de recordar que la Ley de Matrimonio Civil contempla el análisis de la situación previsional de los cónyuges que terminan su vínculo, a efectos de establecer compensaciones para aquel cónyuge que se encuentre en una situación de menoscabo como producto de su mayor o total dedicación al cuidado del hogar, agrega que actualmente "Sin embargo, no es posible hacer uso de los fondos previsionales para resolver la compensación. Esta situación puede generar una importante fuente de inequidades de género, sobre todo en aquellos hogares en que los ahorros previsionales representan una proporción muy relevante de los activos de los cónyuges"³.

De ahí que el art. 80 de la Ley N° 20.255 sobre Reforma Previsional (D.O. 17 de marzo de 2008) dispusiera que "Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el art. 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir esta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto".

³ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que perfecciona el sistema Previsional, N° 558-354, Santiago, diciembre 15 de 2006. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.255, p. 19. Disponible en <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20255&anio=2012>.

Así, a las modalidades de pago de la compensación económica del art. 65 de la Ley de Matrimonio Civil debe agregarse el traspaso de fondos de capitalización del cónyuge deudor al cónyuge beneficiario contemplado en la nueva Ley N° 20.255 sobre Reforma Previsional.

Se ha criticado que la ley haya circunscrito esta forma de pago solo a los afiliados al sistema de AFP⁴. Sin embargo, dicha crítica no corresponde pues en los otros sistemas de previsión (INP, CAPREDENA, DIPRECA) el afiliado no tiene dominio sobre los fondos previsionales pues ellos van a un fondo común; es lo que se conoce como sistema de reparto, de manera que mal la ley podría haber dispuesto que se pagara una compensación económica con cargo a fondos de que el cónyuge deudor no es titular.

Como sostiene Guerrero conforme a esta ley, el monto de compensación no será de libre disposición del acreedor, como sí lo sería un monto en dinero propio de una indemnización, sino que se incorporará al sistema y reglas generales del sistema previsional, por lo que es fácil advertir su sentido asistencial⁵.

3. LÍMITES

En su inciso 2° el art. 80 citado señala que: "Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio".

Nótese que la ley coloca dos límites: uno, el traspaso no puede superar el 50% de los fondos acumulados y, en segundo lugar, esos fondos deben haber sido acumulados durante el matrimonio (descartándose así, por ejemplo, los fondos acumulados mientras se era soltero o durante un matrimonio anterior).

4. CIRCULAR N° 1503 SOBRE TRASPASO DE FONDOS DE LA CUENTA DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL OBLIGATORIA A MODO DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN CASO DE DIVORCIO O NULIDAD⁶

Con fecha 2 de junio de 2008 la Superintendencia dictó la Circular N° 1503 a través de la cual impartió una serie de instrucciones de cumplimiento obligatorio para las

⁴ Así se ha dicho que "no se entiende la razón de restringir esta modalidad de pago a los afiliados al sistema de fondo de pensiones, excluyendo todos aquellos sujetos a otros sistemas de previsión social administrados por el INP. Se presenta una discriminación injustificada para todos aquellos cónyuges beneficiarios cuyos deudores no estén adscritos al sistema de AFP". PIZARRO (2009) p. 161. En el mismo sentido VIDAL (2009) p. 75.

⁵ Véase GUERRERO (2008) p. 88.

⁶ El art. 81 de la Ley N° 20.255 de 2008 señala que "La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos adicionales. La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requirieran y demás aspectos administrativos que procedan". Al efecto, la Superintendencia dictó la Circular N° 1503 de 2 de junio de 2008.

Administradoras de Fondos de Pensiones. Algunos de sus aspectos más relevantes son los siguientes.

4.1. DEFINICIONES⁷

La Circular señala que las cotizaciones previsionales afectas a compensación económica son las cotizaciones obligatorias acumuladas durante el matrimonio, incluida las respectivas rentabilidades y que se encuentren abonadas en la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatoria del cónyuge compensador a la fecha en que la sentencia quedó ejecutoriada.

Agrega la Circular que la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensador afecta al traspaso de saldo de cotizaciones por compensación económica es "la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias".

En esta parte la Circular fue más allá del texto de la ley y restringió su alcance. ¿Por qué decimos esto? Porque como se sabe cuenta de capitalización individual no es lo mismo que cuenta de capitalización individual obligatoria, hay entre ellas una relación de género a especie. Las cuentas de capitalización individual pueden ser obligatorias o voluntarias (estas últimas son las que se conocen como Ahorro Previsional Voluntario o APV). La Ley N° 20.255 solo habla de cuentas de capitalización individual sin hacer ninguna distinción⁸. La explicación más plausible que encontramos para dejar fuera el APV como fuente para pagar la compensación económica es que de haberse incluido claramente se desincentivaría los ahorros voluntarios, cuestión que iría en contra de todos los esfuerzos gubernamentales por incentivar el APV⁹.

⁷ Todas las definiciones de este párrafo están contenidas en el punto II numerales 7-12 de la Circular citada.

⁸ De hecho la Superintendencia ha tenido que absolver consultas si se puede pagar la compensación con los fondos de la cuenta individual voluntaria contestando, luego de transcribir el art. 80 y no agregar nada más al respecto, que: "De conformidad a la norma precedentemente transcrita, los fondos previsionales que pueden ser objeto de división son los de la cuenta de capitalización obligatoria, no siendo aplicable esta división a los saldos constitutivos de ahorro previsional voluntario, que en lo que respecta a las Administradoras de Fondos de Pensiones corresponde a la cuenta de cotizaciones voluntarias". Así, Dictámenes J/9071, J/9015 de 2008 y J/19963 de 2011.

⁹ Durante la elaboración de este artículo se nos ha hecho llegar la siguiente opinión: "el legislador no incluyó expresamente la 'Cuenta de Ahorro Voluntario' en los dineros susceptibles de ser usados para pagar la compensación económica por el cónyuge compensador, porque dichos dineros tienen un objeto exclusivo señalado por el legislador, cual es 'aumentar el monto de la pensión o anticiparla'; sin perjuicio, desde luego, de su facultad de poder disponer de ellos libremente pagando un impuesto con una sobretasa cuando se retiran antes de cumplir la edad legal para pensionarse. Luego, entonces, la redacción que entrega el legislador cuando dice que 'el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al DL N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado...', se está refiriendo a la Cuenta de Capitalización Individual Obligatoria'; porque de haber querido hacerlo extensivo a la cuenta de capitalización individual voluntaria así lo habría señalado expresamente. En esta materia de previsión social, hoy llamada más correctamente de seguridad social, sus disposiciones son taxativas, nada puede interpretarse por extensión. Si el legislador no lo dice concretamente, no es posible aplicar o extender esa disposición legal a la cuenta de capitalización individual voluntaria, máxime si se considera que solo una minoría tiene esta última. Es más, de extender la disposición a la cuenta de capitalización individual voluntaria, también deberíamos extender la misma a la cuenta de capitalización individual de depósitos convenidos, que también es otra expresión de ahorro voluntario que tiene por objeto aumentar o anticipar el monto de la pensión. Sin embargo, el legislador también la deja expresamente fuera de la posibi-

Continúa la Circular indicando que la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensado afecta al traspaso de saldo de cotizaciones por compensación económica es la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias y a falta de esta la cuenta de capitalización individual voluntaria, que se abra para tal efecto¹⁰.

Respecto del cónyuge compensador afecto al traspaso de fondos la Circular dispone que "Las AFP solo deberán dar cumplimiento a las sentencias ejecutoriadas que ordenan el traspaso de fondos previsionales de los afiliados activos" entendiendo por estos últimos aquellos afiliados "que no estén pensionados en el Sistema de Pensiones del D.L. N° 3.500 de 1980, a la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de nulidad o divorcio. Se entenderá que un afiliado se encuentra pensionado a contar de la fecha en que se haya devengado el primer pago de pensión tratándose de pensionados por vejez, vejez anticipada, invalidez total e invalidez parcial conforme a un primer dictamen".

Aquí nuevamente la Circular se extralimitó pues si se mira con detención el texto de la ley ella no restringe su alcance a los afiliados activos. Como se sabe al jubilarse una persona puede, en general, acogerse a una de dos modalidades: renta vitalicia o retiro programado¹¹. En la primera opción claramente no se puede ordenar el pago de la compensación económica con cargo a una renta vitalicia que perciba el afiliado pasivo pues sus fondos previsionales pasar a ser de dominio de una compañía de seguros; en cambio en la segunda alternativa, esto es, retiro programado no hay ningún inconveniente pues los fondos previsionales siguen siendo de dominio del afiliado. Con el criterio de la Superintendencia plasmado en la referida Circular alguien podría pensar que el mensaje es claro: demande antes que su cónyuge se jubile pues de lo contrario la compensación no podrá pagarse con cargo a los fondos previsionales que como se ha explicado en muchas ocasiones son la única fuente a la cual echar mano para poder pagarla.

En cuanto al retiro de saldos de cotizaciones por compensación económica la Circular señala que los saldos de cotizaciones por compensación económica solo podrán retirarse

lidad de destinar su uso para compensar a uno de los cónyuges". Discrepamos de lo anterior porque la ley en ninguna parte distinguió entre cuentas de capitalización obligatoria y voluntaria y sabido es que donde la ley no distingue no debe el intérprete distinguir. Además, no solo las cuentas voluntarias tiene un objeto exclusivo también lo tienen las cuentas obligatorias (obtener en el futuro una pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia), pero ello no es obstáculo para que una nueva ley modifique una anterior como lo hizo la ley N° 20.225 con el Decreto Ley 3.500 al permitir que los fondos de las cuentas de capitalización pudieran ser destinados al pago de la compensación económica.

¹⁰ Esto no está de acuerdo con la historia de la ley. En la discusión habida en la Cámara de Diputados se dejó constancia que "la cuenta que se abriría para el cónyuge compensado, en el caso de no tener cuenta de capitalización individual, también tiene el carácter de cuenta individual y no de una cuenta voluntaria". Informe Comisión de Trabajo, Cámara de Diputados, 21 de junio, 2007. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.255, p. 341. Disponible en <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20255&anio=2012>.

¹¹ De acuerdo a estadísticas del Sistema de Consultas y Ofertas de Montos de Pensión (SCOMP) de la Superintendencia de Valores y Seguros en el año 2012 el 70% de los chilenos que se pensionaron optó por hacerlo con rentas vitalicias, lo cual refleja una tendencia ascendente. Así en 2010 21.841 personas optaron por renta vitalicia y 24.197 por retiro programado, en 2011 24.506 optaron por renta vitalicia y 16.167 por retiro programado y en 2012 29.160 optaron por renta vitalicia y 12.247 por retiro programado. Información disponible en <http://www.svs.cl/sitio/mercados/seguros_scomp_estadisticas.php>. La explicación de esta tendencia, que escapa a los fines de este trabajo, puede verse en *El Mercurio*, 29 de diciembre de 2012, p. B 6.

de la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias o de la cuenta de capitalización individual voluntaria, según corresponda, para el pago de las pensiones y beneficios que establece el Decreto Ley N° 3.500 de 1980.

4.2. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PREVISIONAL DE LOS CÓNYUGES

La Circular dice que una vez que la Administradora reciba desde un tribunal de justicia una solicitud de antecedentes previsionales de un afiliado que se encuentra en proceso de nulidad o divorcio, deberá iniciar un proceso de verificación de afiliación y rezagos con el resto del Sistema, a objeto de investigar su situación previsional y efectuar todas las regularizaciones que puedan afectar la cuenta de capitalización individual del afiliado, antes de dar respuesta al tribunal. Entre tales regularizaciones, se pueden mencionar, a modo de ejemplo y sin que constituya una enunciación taxativa, multiafiliación, recuperaciones internas y externas de rezagos, agilización de cobranzas de cotizaciones previsionales, etc.¹².

4.3. TRASPASO DE FONDOS POR COMPENSACIÓN ECONÓMICA ENTRE CÓNYUGES

Aquí la Circular distingue tres situaciones: i) ambos cónyuges se encuentran afiliados en la AFP notificada por los tribunales, ii) el cónyuge compensador está afiliado en la AFP notificada por los tribunales y el cónyuge compensado en otra, y iii) el cónyuge compensador está afiliado en la AFP notificada y el cónyuge compensado no está en ninguna Administradora.

En el primer caso, esto es, ambos cónyuges se encuentren afiliados en la AFP notificada por los tribunales, los movimientos entre cuentas deberán efectuarse simultáneamente y utilizando el valor cuota del día hábil anteprecedente a la fecha en que se realizan los cargos o abonos según corresponda, de los respectivos Fondos.

En el segundo caso, esto es, el cónyuge compensador esté afiliado en la AFP notificada por los tribunales y el cónyuge compensado en otra, la Administradora deberá traspasar los fondos ordenados por el juez desde la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias del cónyuge compensador a la AFP en que se encuentre vigente la cuenta de capitalización individual del cónyuge compensado. La información del traspaso entre las AFP, deberá efectuarse a través de una nómina electrónica, denominada *Traspasos de Fondos por Compensación Económica entre Cónyuges*, la cual deberá incluir al menos el nombre completo y número de Rut de los cónyuges y los valores en pesos involucrados en la compensación económica.

En el tercer caso, esto es, el cónyuge compensador esté afiliado en la AFP notificada y el cónyuge compensado no esté en ninguna Administradora, la AFP que recibió la orden de compensación deberá crear una cuenta de capitalización individual voluntaria a nombre del cónyuge compensado y abonar en dicha cuenta los fondos ordenados por el juez. El tipo de Fondo en que deberá crearse esta cuenta será el que corresponda de acuerdo al tramo etario a que pertenece el cónyuge compensado, salvo que este haya seleccionado otro(s) tipo(s) de Fondo(s)¹³.

¹² Circular N° 1503 de 2008, punto III, numeral 1.

¹³ Circular N° 1503 de 2008, punto VI, numerales 2-4.

4.4. ÓRDENES DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA NO EJECUTABLES

La Circular señala tres situaciones en que las Administradoras deben abstenerse de dar cumplimiento a las órdenes de compensación dictadas por los tribunales. Ellas son:

- i) Si el cónyuge compensador no está afiliado en la Administradora notificada o
- ii) Si el cónyuge compensador no está afiliado al Sistema o
- iii) Si el cónyuge compensador se encuentra pensionado en el Sistema.

En tales casos la AFP dentro de los 8 días hábiles siguientes a aquel en que recibió la orden de compensación económica desde los tribunales, deberá informar de ello a los tribunales, comunicando la AFP en la cual registra afiliación vigente, o si se ha desafiliado del Sistema o se encuentra pensionado en el Sistema¹⁴.

5. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE ESTA MODALIDAD DE PAGO

La Corte de Antofagasta denegó recurrir, como lo solicitaba la mujer, a los fondos de capitalización de su marido para pagar la compensación atendido que este tenía ingresos provenientes de su trabajo y acciones de que era dueño. Sostuvo la Corte que "acreditado el derecho a recibir compensación económica por la cónyuge y demandante reconventional, procede abocarse a la necesidad de acudir a la cuenta de capitalización individual que tiene el cónyuge varón en la Administradora de Fondos de Pensiones, lo que si bien es permitido de acuerdo al art. 80 de la ley 20.255, por otra parte debe considerarse que la cuenta de capitalización individual referida en el art. 17 del Decreto Ley 3.500 está establecida para que a propósito de su rentabilidad produzca una pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia, ello supone necesariamente un ahorro permanente en el tiempo desde los inicios de la actividad remunerativa, lo que representa un respaldo para el trabajador que solo en circunstancias extraordinarias debe acudir al retiro de ello y en el presente caso, el cónyuge varón cuenta con remuneración permanente en condiciones de pagar la compensación económica solicitada, sea por la vía del trabajo regular remunerado o el ingreso por las utilidades en las acciones y eventualmente a propósito de una pensión de vejez, de manera que no parece justo y adecuado, en este caso concreto, acudir a la facultad de retirar fondos de la cuenta de capitalización individual"¹⁵.

De manera que los fondos de capitalización serían un recurso de última instancia o subsidiario a falta de otros medios para pagar la compensación, criterio que compartimos por los mismos argumentos que da la Corte.

6. POSIBILIDAD QUE LOS CÓNYUGES ACUERDEN EL TRASPASO DE FONDOS PARA PAGAR LA COMPENSACIÓN

Como el art. 80 de la Ley 20.255 señala que es el juez quien puede ordenar el traspaso de fondos surge la pregunta si es posible que los cónyuges acuerden como forma de

¹⁴ Circular N° 1503 de 2008, punto VII, numeral 1.

¹⁵ *Chávez con Carrasco* (2011).

pago de la compensación el traspaso de fondos desde la cuenta del cónyuge deudor al cónyuge beneficiario.

Al respecto consideramos que ello sería posible pues el art. 63 de la Ley de Matrimonio Civil establece que en caso que los cónyuges convengan sobre el monto y "forma de pago" de la compensación tal acuerdo debe someterse a la aprobación del tribunal; así entonces será el juez quien en último término autorice el traspaso de fondos y se salva la cuestión planteada.

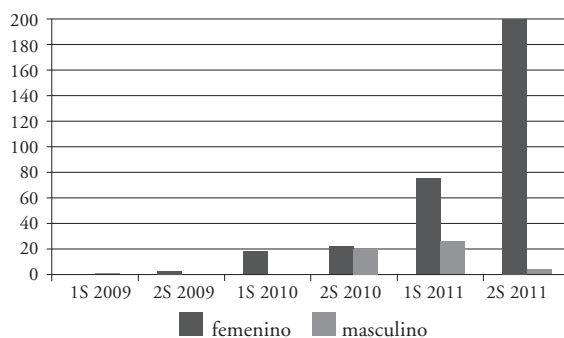
7. ESTADÍSTICAS¹⁶

Trasposos de Fondos de Cuenta Obligatoria por Compensación Económica en Caso de Divorcio o Nulidad hasta junio 2012

	Compensado		
	Mujeres	Hombres	Total
Número de trasposos	566	53	619
Monto Total MM\$	3.877	369	4.246

Desde la implementación de la medida y hasta junio de 2012 se han realizado un total de 619 trasposos de fondos, de los cuales MM\$ 3.877 (91%) les corresponde al cónyuge compensado mujer y MM\$ 369 (9%) a hombres.

8. TENDENCIA



	Compensado	1S 2011		2S 2011	
		Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres
Número de trasposos		75	26	210	4
Monto Total MM\$		463	164	1.549	15

¹⁶ Toda la información contenida en este numeral ha sido tomada de Superintendencia de Pensiones, *Seguimiento de la Reforma Previsional*, septiembre de 2012, pp. 23-24, disponible en http://www.spensiones.cl/portall/informes/581/articles-8599_recurso_1.pdf.

La comparación de cifras entre el primer semestre de 2011 y segundo semestre de igual año permiten observar una clara tendencia hacia un uso cada vez mayor de los fondos de capitalización individual para pagar la compensación. Así, durante el segundo semestre de 2011, se efectuaron 214 transferencias, lo que significa más del doble de lo observado en el semestre anterior (101), mostrando un fuerte aumento entre las mujeres y disminución en los hombres compensados. El traspaso promedio durante el segundo semestre 2011 fue de M\$ 7.308 para cada cónyuge, lo que representa un aumento de 18% respecto al semestre anterior.

Para el segundo semestre de 2011 el cónyuge compensador traspasó, en promedio mensual, el 22% de los recursos acumulados en su cuenta de capitalización individual hacia el cónyuge compensado, lo que representa un porcentaje menor al observado en el semestre anterior (33%). Desde el punto de vista del cónyuge compensado, en promedio aumentó su saldo en 58%, respecto del saldo que tenía acumulado en su cuenta de capitalización individual previo al traspaso de los recursos, lo que representa un porcentaje menor al observado en el semestre anterior (93%).

La tendencia indicada –mayor uso de los fondos previsionales para pagar la compensación económica– se corrobora con las cifras del primer semestre de 2012 durante el cual se efectuaron 240 transferencias (238 para mujeres y 2 para hombres), lo que representa un 12% más de lo observado en el semestre anterior, mostrando igualmente un aumento en el caso de las mujeres compensadas y una disminución en el caso de los varones.

9. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 80

A nuestro parecer la constitucionalidad del art. 80 que tratamos es muy discutible. Como primer elemento para su análisis hay que señalar que el Tribunal Constitucional, a requerimiento de la Cámara de Diputados, ejerció el control de constitucionalidad de diversos artículos de la Ley N° 20.255 entre los cuales no estuvo el art. 80 que permite pagar la compensación con cargo a los fondos previsionales.

En cuanto al fondo de la cuestión, sabido es que la Carta Fundamental garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Como dice el profesor Cea el art. 19 N° 18 “se vincula con el número 24 del art. 19, sobre el derecho de propiedad, pues las cotizaciones son fondos de dominio de quien las efectúa”¹⁷. Y en forma categórica agrega “debemos reiterar con vigor nuestra opinión en el sentido que el cotizante es dueño de sus aportes para la seguridad social. Por ende, tiene que reputarse contrario al art. 19 N° 24 incisos 1° a 4° de la Constitución y a lo prescrito en el inciso final del N° 18 (...), cualquier precepto legal o decisión administrativa que prive a ese cotizante de su facultad de disponer de lo que es suyo. Los tribunales competentes se hallan en la obligación de declararlo así, sea con carácter preventivo, o ante un precepto legal o acto administrativo que intenta llevarlo a la práctica”¹⁸.

¹⁷ CEA (2008) p. 483.

¹⁸ CEA (2008) p. 489.

Razonablemente alguien podría sostener que inconveniente habría para usar los fondos previsionales para pagar la compensación económica en circunstancias que, por ejemplo, para tal efecto se puede recurrir a un depósito bancario del marido, ambos al fin de cuentas son cosas incorpóreas. La respuesta es que los fondos previsionales no son una propiedad cualquiera. Se trata de una propiedad –como se explica *infra*– que nace afecta a un fin específico, esto es, acumular fondos para enfrentar la última etapa de la vida de una persona y por lo mismo es una propiedad con un carácter esencialmente asistencial que la diferencia de cualquier otra.

Don Alejandro Silva, analizando un fallo del Tribunal Constitucional recaído en un proyecto de ley que establecía normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de Rentas Vitalicias¹⁹, nos da algunas luces que pueden servir para dilucidar el tema que ahora nos ocupa. Parte señalando el insigne profesor que dicho fallo confirma sus planteamientos en cuanto a que los fondos acumulados son de propiedad del afiliado cuando dice: “cada afiliado es dueño de los fondos que ingresen a su cuenta de capitalización individual y que el conjunto de estos constituye un patrimonio independiente y diferente del patrimonio de la sociedad administradora de esos fondos”²⁰.

La sentencia cita luego las siguientes afirmaciones del profesor Andrés Cúneo: “Desde otro punto de vista, el afiliado tiene la propiedad de los fondos previsionales que registra su cuenta individual en el sistema, porque sobre las cosas incorpóreas –nos dice nuestro Código Civil– también hay propiedad. Con todo, esta es una propiedad que ha nacido afectada a una finalidad específica: generar pensiones. El afiliado solo puede usarla con ese fin, pero puede defenderla del mismo modo que cualquier cosa incorporal que tenga, en propiedad, en su patrimonio... (“Algunas reflexiones sobre una experiencia jurídica de cuarenta años”. Clase magistral. Inauguración Año Académico 2000, Universidad Diego Portales, pág. 8)”²¹.

Más adelante –refiriéndose a aquella parte del proyecto que imponía a los afiliados que resuelvan pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia seleccionar entre una de las tres mayores ofertas del monto de pensión o decidirse a favor de aquella que sea de un monto, a lo menos, igual al promedio de las tres mayores disminuido en 2%– el fallo consideró que ello constituía “un severo sistema regulatorio que importa, como consecuencia, privarlos de su facultad de disposición del dominio sobre sus fondos previsionales en el ámbito del Decreto Ley N° 3.500, ya que lo despojan de uno de los atributos esenciales de su propiedad sobre dichos fondos, como lo es el escoger con quién pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia. La modificación propuesta le impide así elegir aquella alternativa que más convenga a sus intereses, suplantando, en último término, por este sistema cerrado de opciones, la voluntad del afiliado por la establecida en normas legales que en definitiva, ejercen por él la facultad de disposición, inherente al dominio”²². El fallo luego sostiene: “... no está de más precisar que no solo se produce privación del dominio cuando se le

¹⁹ Tribunal Constitucional (2001), Rol N° 334.

²⁰ Tribunal Constitucional (2001), Rol N° 334, considerando 5°. Cfr. SILVA BASCUÑÁN (2010) pp. 401-402.

²¹ Tribunal Constitucional (2001), Rol N° 334, considerando 9°.

²² Tribunal Constitucional (2001), Rol N° 334, considerando 16°.

despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados, como ocurre en este caso. Al respecto resulta conveniente traer a colación la cita del profesor José Luis Cea que el propio Presidente de la República invoca en su Respuesta a propósito de lo que debe entenderse por privación del dominio. Dice así 'la privación implica un sacrificio, ablación o destrucción –total o parcial, efímero o permanente– del contenido o sustancia del dominio, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales' (Respuesta al Requerimiento, pág. 198). Después de lo expresado no puede quedar duda alguna que esta regulación legal, y en última instancia y eventualmente, contraria a la voluntad del afiliado, importa claramente una privación del dominio, cual es su facultad de disposición"²³.

El razonamiento que se puede hacer a partir de esta sentencia es el siguiente: si el Tribunal Constitucional considera que se priva al afiliado del dominio sobre sus fondos previsionales al hacerle escoger, en un sistema cerrado de opciones, con quién se pensionará bajo la modalidad de renta vitalicia, *a fortiori* habría que concluir que con mayor razón el art. 80 de la Ley 20.255 vulnera ese derecho de propiedad pues en el primer caso los fondos siguen en poder del afiliado en cambio en el segundo este puede verse privado de hasta un 50% de sus fondos acumulados para pagar una compensación económica. En el primer caso, el afiliado ve restringida su facultad de disposición de sus fondos, en el segundo se le priva de ellos. Si el primero no pasa el examen de constitucionalidad no se ve cómo entonces podría sostenerse la constitucionalidad del último. Se infringe así el inc. 3° del art. 19 N° 24 de la Constitución.

Inmediatamente, como estamos hablando de fondos previsionales, se podría pensar en la función social de la propiedad por lo que dispone el inc. 2° del numeral 24 del art. 19 de la Constitución, que como se sabe dispone que "Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental". Pues bien, en razón de su claridad y de la calidad del tratadista del cual emana –don Enrique Evans de la Cuadra– nos permitimos transcribir su siguiente explicación: "Ahora bien, la Constitución de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio. Ello *solo procede* cuando estén en juego, en la situación que el legislador trata de enfrentar, *los intereses generales de la nación*, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. *Todo* otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia (...) son muy valiosos y podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero la Constitución solo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que he señalado y toda otra restricción es inconstitucional"²⁴.

²³ Tribunal Constitucional (2001), Rol N° 334, considerando 19°.

²⁴ EVANS DE LA CUADRA (1999) pp. 234-235.

Agrega, posteriormente, el mismo tratadista, aludiendo a aquellas situaciones en que excepcionalmente se faculta al legislador para imponer limitaciones al dominio, particularmente los “intereses generales de la Nación”, única a la que se estima necesario hacer referencia en el presente caso, toda vez que las restantes son notoriamente extrañas a la materia que aquí se debate: “No puede transformarse el concepto de intereses generales de la nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. ‘Los intereses *generales* de la nación’ expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden. Verificar la concurrencia de los elementos que hacen inobjetable una vinculación con los intereses *generales* de la nación, implica apreciar, primero por el legislador y luego por los tribunales encargados de asegurar la supremacía constitucional, si existe una exigencia real y actual de la subsistencia, del desarrollo integral o del progreso de la nación entera o un requerimiento de soberanía en lo económico, social o cultural. Para regular otros frentes de problemas que surjan en la sociedad civil, como los que señalamos al nombrar algunos bienes jurídicos no comprendidos en la concepción de ‘intereses *generales* de la nación’, el legislador podrá adoptar otras medidas; pero nunca podrá, de manera jurídicamente inobjetable, asilarse en un pretendido interés *general* para gravar el dominio privado con obligaciones o limitaciones que el constituyente de 1980 quiso, deliberadamente, hacer procedentes solo por vía muy excepcional”²⁵.

Para el análisis que se hace del art. 80 in comento conviene destacar de lo transcrito que “los intereses *generales* de la nación’ expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella”. Creemos que nadie puede sostener que el interés del conjunto de los cónyuges divorciados que cumplan con los requisitos que señala la ley de matrimonio civil –como se sabe, los únicos legitimados para recibir compensación económica, no así los hijos (art. 61 de la Ley N° 19.947)– pueda identificarse con los intereses de toda la nación y no siendo así no cabe entonces sino concluir que el art. 80 de la Ley 20.255 que autoriza pagar la mencionada compensación con hasta el 50% de los fondos previsionales del afiliado no es en ningún caso una limitación al dominio amparada por la función social de la propiedad y los intereses generales de la nación.

Por otra parte, como la sentencia anteriormente citada sostuvo “si bien es efectivo, (...) que la Constitución convoca al legislador para regular el ejercicio del derecho a la seguridad social, como lo demuestran, entre otros, sus art. 19, N° 18°, 60, N° 4, y 60, N° 14, en relación al 62, inciso cuarto, N° 6, no lo es menos, que tal convocatoria tiene la categórica limitación establecida en el art. 19, N° 26, en orden a que los preceptos legales que regulan o complementan las garantías constitucionales o que las limitan en los casos que la Carta Política lo autoriza ‘no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio’. En el caso sublite, como ya se ha demostrado, la regulación que efectúan las normas del proyecto afectan en su esen-

²⁵ EVANS DE LA CUADRA (1999) pp. 235-236.

cia el derecho de propiedad de los afiliados sobre sus fondos previsionales pues los privan de uno de los atributos fundamentales del dominio, como es la facultad de disponer de su titular de cumplirse las exigencias legales"²⁶.

Sobre esto el profesor Evans señala que: "Ninguna limitación u obligación impuesta por la ley a la propiedad produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la *esencia* del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición; restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar, llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio"²⁷.

Para nosotros no hay duda que el art. 80 de la Ley 20.255 afecta en la esencia la propiedad que tienen los afiliados sobre sus fondos previsionales desde que se le puede llegar a privar efectivamente hasta de la mitad de esos fondos como consecuencia de actos de autoridad –en este caso una resolución judicial– como dice don Enrique Evans no aceptados ni consentidos por los propietarios y por motivos o razones no comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio.

10. OTRAS OBJECIONES AL ARTÍCULO 80

Junto a la eventual inconstitucionalidad del art. 80 pareciera que dicha norma introduce un grado de incoherencia en nuestro sistema legislativo. En efecto, el pago de las pensiones alimenticias no puede hacerse con cargo a los fondos previsionales. Recuérdesse que el art. 57 del Código del Trabajo dice que las remuneraciones de los trabajadores y las cotizaciones de seguridad social –distingue ambos conceptos– son inembargables, agregando que "tratándose de pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente (...), podrá embargarse hasta el cincuenta por ciento de las remuneraciones". Como se ve la posibilidad de embargo solo recae sobre las remuneraciones pero no afecta a las cotizaciones. Cuesta entender cómo el sistema no permite pagar las pensiones de alimentos debidas a menores con los fondos previsionales pero sí usarlos para pagar la compensación económica debida a un cónyuge.

Por otra parte, no es difícil concluir que al permitirse pagar la compensación económica con los fondos previsionales del cónyuge compensador se le está trasladando al Estado un serio problema pues de ahora en adelante tendrá que hacerse cargo de ese cónyuge que puede quedar privado de hasta la mitad de su futura jubilación.

²⁶ Tribunal Constitucional (2001), Rol N° 334, considerando 25°.

²⁷ EVANS DE LA CUADRA (1999) p. 235.

11. CONCLUSIONES

La utilización de fondos previsionales para pagar la compensación económica es un tema en extremo sensible regulado solo en un par de artículos de la Ley de Reforma Previsional que deja muchas interrogantes sin que la historia de la ley ayude en su interpretación pues son muy escasas las referencias en ella a esta materia. Serán los tribunales los llamados a resolver los múltiples problemas y vacíos que plantea la norma y en especial revisar su constitucionalidad, cuestión que nos merece serias reservas.

Además de su posible inconstitucionalidad el artículo 80 introduce una incoherencia al sistema pues el legislador no permite el pago de las pensiones de alimentos con cargo a los fondos previsionales, pero con esta nueva norma sí podrá pagarse con ellos la compensación económica.

En otro orden, las estadísticas muestran un uso exponencial de dichos fondos para pagar las compensaciones por falta de otros recursos debido al pago de alimentos que hace el cónyuge compensador, deudas hipotecarias que afectan al principal activo de la familia, bajos sueldos, etc.

Finalmente, la Circular N° 1503 eventualmente puede ser impugnada pues claramente sobrepasó el texto de la Ley N° 20.255 en al menos dos aspectos: dejar fuera las cotizaciones individuales voluntarias como fuente de pago de la compensación económica, y limitar sus afectos solo a los afiliados activos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina (2011): "El carácter extrapatrimonial de la compensación económica", *Revista Chilena de Derecho*, vol.38, N° 2, pp. 249-278.
- CEA EGAÑA, José Luis (2008): *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II (Santiago, Ediciones UC).
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2010): "La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial", *Ius et Praxis*, vol. 16, N° 1, pp. 491-498.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales*, tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2012): *La Compensación Económica en los Juicios de Divorcio y Nulidad Matrimonial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GUERRERO, José Luis (2008): "Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial", *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, vol. XXI, N° 2: pp. 85-110.
- LEPÍN MOLINA, Cristian (2012): "La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica", *Ius et Praxis*, vol. 18, N° 1, pp. 3-36.
- PIZARRO, Carlos (2009): "El pago de la compensación económica en la jurisprudencia nacional", *Cuadernos de Análisis Jurídicos - Colección de Derecho Privado*, vol. V.

- RIVEROS FERRADA, Carolina (2012): "La relevancia del régimen patrimonial de los cónyuges para efectos de la determinación de la compensación económica", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 19, N° 1, pp. 417-430.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2010): *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XIII (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VIDAL, Álvaro (2009): "La compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica", *Cuadernos de Análisis Jurídicos - Colección de Derecho Privado*, vol. V.

NORMAS CITADAS

- Ley N° 20.255 de 17 de marzo de 2008, sobre Reforma Previsional.
- Ley N° 19.947 de 17 de mayo de 2004, Nueva Ley de Matrimonio Civil.
- Circular N° 1503 de 2 de junio de 2008 (Superintendencia de Pensiones), Sobre Traspaso de Fondos de la Cuenta de Capitalización Individual Obligatoria a modo de Compensación Económica en caso de Divorcio o Nulidad.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Chávez con Carrasco* (2011): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17 de enero de 2011 (recurso de apelación), *Legal Publishing*, cita online CL/JUR/6149/2011/; 47477CL/JUR/6149/2011; 47477.
- CL/JUR/6149/2011; 47477.
- Dictamen J/9071 de 19 de junio de 2008 de la Superintendencia de Pensiones.
- Dictamen J/9015 de 19 de junio de 2008 de la Superintendencia de Pensiones.
- Dictamen J/19963 de 29 de agosto de 2011 de la Superintendencia de Pensiones.
- Tribunal Constitucional, 21 de agosto de 2001 (requerimiento formulado por diversos senadores respecto del proyecto de ley, que modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias), Rol N° 334, disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=286>>.

OTROS

- Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que perfecciona el sistema Previsional, N° 558-354, Santiago, diciembre 15 de 2006. Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.255*, p. 19, disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=20255&anio=2012.
- Informe Comisión de Trabajo, Cámara de Diputados, 21 de junio, 2007. Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.255*, p. 341, disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=20255&anio=2012.
- Superintendencia de Valores y Seguros, *Sistema de Consultas y Ofertas de Montos de Pensión (SCOMP)*, disponible en http://www.svs.cl/sitio/mercados/seguros_scomp_estadisticas.php.

Superintendencia de Pensiones, *Seguimiento de la Reforma Previsional*, septiembre de 2012, pp. 23-24, disponible en http://www.spensiones.cl/portal/informes/581/articles-8599_recurso_1.pdf.