

SENTENCIA SOBRE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN CONSAGRADA EN EL ART. 55 INCISO 3º DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL: HACIA LA MORIGERACIÓN DE SU “DUREZA” (CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL)

*Comentario de Susan Turner Saelzer*

San Miguel, veinticuatro de julio de dos mil ocho.

VISTOS:

PRIMERO. Que don Luis Eusebio Galaz Peña, interpuso demanda de divorcio unilateral por cese de la convivencia en contra de su cónyuge doña Magali del Carmen Flores Pavez. Funda su acción en el hecho de haber contraído matrimonio con la demandada el día 27 de agosto de 1971, el que se encuentra inscrito bajo el Número 112 de la Circunscripción de San Vicente de Tagua Tagua.

Agrega que tuvieron 3 hijos, los que a la fecha son mayores de edad y que el cese de la convivencia se produjo de manera definitiva el año 1985, sin que haya mediado reconciliación.

SEGUNDO. Que, con fecha 23 de octubre de 2006, se realiza audiencia preparatoria en la que la demandante ratifica la demanda y la demandada se opone a dicha pretensión, haciendo presente que el actor adeuda pensiones alimenticias.

TERCERO. Que el demandado contesta señalando que ignoraba el reajuste de la pensión y por eso siempre ha pagado lo mismo, ofreciendo una forma de pagar las sumas atrasadas, proposición que es rechazada por la demandada.

CUARTO. Que, con fecha 28 de diciembre de 2006 se lleva a efecto la continuación de la audiencia preparatoria, en la que atendida la oposición de la demandada, el Tribunal tiene a la vista la certificación extendida con fecha 22 de septiembre de 2006 en la causa Rol Nº 16.816, seguida ante el Tercer Juzgado de Menores de San Miguel, que da cuenta que a dicha data se adeuda a la suma de \$ 2.102.842, por concepto de pensión alimenticia fijada en ese proceso, específicamente por diferencia de reajustes. Dado lo anterior, resuelve que habiéndose acreditado un incumplimiento reiterado, aunque sea parcial, no se hace lugar a la demanda de divorcio incoada.

QUINTO. Que conforme lo prescribe el artículo 55 inciso tercero de la Ley de Matrimonio Civil, la parte demandada de divorcio puede oponerse al mismo esgrimien- do como ha acontecido en este caso, que el actor no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos, pudiendo hacerlo. Situación cuya ocurrencia durante el cese de la convivencia debe verificar el Juez.

SEXTO. Que, en consecuencia, al resolver el Tribunal de la manera antes dicha, es evidente que en el procedimiento se ha omitido una diligencia que tiene el carácter de esencial, como es recibir el incidente promovido y la causal de divorcio a prueba, que permita a las partes acreditar o desvirtuar los supuestos que tanto la acción de divorcio como los hechos que sustentan la oposición al mismo han esgrimido.

SÉPTIMO. Que de acuerdo a lo razonado precedentemente y conforme a lo dispuesto en los artículos 27 en relación al artículo 67 de la Ley Nº 19.968 y artículos 55, 67 y 85 de la Ley de Matrimonio Civil en relación con los artículos 775 , 768 Nº 9 y 795 Nº 3 del Código de Procedimiento Civil, esta Corte se encuentra facultada para casar de oficio la resolución impugnada, debiendo retrotraerse la causa al estado de citar a las partes a la audiencia de preparatoria, la que deberá realizar conforme a derecho el Tribunal no inhabilitado que corresponda.

En mérito de lo expuesto, compartiendo lo informado por la señorita Fiscal Judicial en su dictamen de 30 de junio de 2008 y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 67, 85 y 90 de la Ley de Matrimonio Civil y artículo 775 en relación con el 768 Nº 9 y 795 del Código de Procedimiento Civil, **SE INVALIDA DE OFICIO**, lo obrado en esta causa, la que se retrotrae al estado de realizarse conforme a derecho la audiencia preparatoria a que se refieren los artículos 59, 60 y 61 de la Ley Nº 19.968 debiendo proseguirse con la tramitación del juicio hasta la dictación de la sentencia por el Tribunal no inhabilitado que corresponda.

Regístrese y devuélvase.  
Nº 1027-2007-FAM

#### COMENTARIO

La Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo de la apelación recaída en la resolución de primera instancia que había rechazado la demanda de divorcio por cese de la convivencia intentada por el marido, por considerar que éste había incumplido en forma reiterada su obligación de pagar los alimentos decretados judicialmente en favor de su mujer e hijos, resuelve en esta sentencia invalidar de oficio lo obrado en la causa, retrotrayéndola al estado de realizarse la audiencia preparatoria del juicio, según el procedimiento ordinario de la Ley Nº 19.968. Considera la Corte que el tribunal *a quo*, al resolver de ese modo, incurrió en un vicio de casación en la forma consistente en omitir un trámite esencial: el de recibir a prueba tanto el incidente nacido de la alegación

de la excepción del art. 55 inciso 3° LMC como también la causal de divorcio invocada en la demanda. De este modo, y recurriendo a vicios formales, el tribunal de alzada parece resolver un caso sencillo de aplicación de la cláusula de dureza consagrada en la disposición antes mencionada. Sencillo, en el sentido de que se trata de un caso en que no concurre ninguna de las aristas problemáticas de dicha cláusula hasta ahora abordadas por la jurisprudencia nacional: se ejerció por el demandante una acción de divorcio unilateral fundada en el cese de la convivencia de los cónyuges, es decir, no tratándose de un divorcio por culpa (art. 54 LMC) resulta indudable la procedencia de la excepción; se trata de una pensión alimenticia fijada por resolución judicial y, por lo tanto, no se presentan las dudas ligadas al incumplimiento de alimentos provisorios ni tampoco las de aquellas situaciones en que el demandado de divorcio alega ser titular de un derecho de alimentos que, sin embargo, nunca concretó judicialmente; existe acuerdo entre las partes respecto de la existencia y monto de la deuda de alimentos (este hecho pone en entredicho la necesidad de recibir el incidente a prueba, como concluye el tribunal de alzada); la excepción fue alegada oportunamente, de manera que no existen dificultades en la decisión de hasta qué momento procesal ella es procedente; no se invocan por la demandada apremios como prueba de la reiteración del incumplimiento del demandante ni por éste, una situación patrimonial que le hubiese impedido cumplir con el pago de los alimentos. En suma, el caso parecía de fácil solución.

Sin embargo, el caso planteaba un aspecto interesante de la excepción del art. 55 inciso 3° LMC que, a la luz de la solución de la Corte, pasa desapercibida y que consiste en la entidad del incumplimiento capaz de generar el efecto de enervar la acción de divorcio. En efecto, la resolución de primera instancia asume que se da el presupuesto del incumplimiento reiterado de la obligación de alimentos por parte del marido aún cuando este último sea parcial, ya que el marido sólo adeudaba la suma correspondiente a los reajustes de la pensión decretada. Se plantea la cuestión, entonces, de si ese incumplimiento parcial, incluso tangencial, logra configurar la cláusula de dureza. Esta cuestión la conocemos de la condición resolutoria tácita y de la excepción de contrato no cumplido, cuando la doctrina – a falta de norma expresa – se ha preguntado si cualquier incumplimiento, independientemente de su cuantía o entidad, da derecho a pedir la resolución del contrato o logra enervar la acción de la contraparte, respectivamente.

Estos casos de incumplimiento de la obligación de prestar alimentos, sólo en la parte correspondiente a sus reajustes legales se presentan frecuentemente en la práctica porque el sistema de reajustabilidad legal automática previsto en el art. 7 inciso 3° de la Ley N° 14.908 para las pensiones fijadas en una suma determinada trae consigo que un alimentante pueda cumplir cabalmente con el pago de la pensión fijada pero, al mismo tiempo, vaya acumulando una deuda por los reajustes respectivos si el alimentario no solicita judicialmente la reliquidación en forma oportuna. Es decir, podría convenirle al alimentario que sabe que su cónyuge intentará el divorcio seguir recibiendo los alimentos pero no alegar su reajustabilidad, fabricándose de ese modo la excepción futura para el eventual juicio. Por otra parte, en el caso el marido demandante del divorcio incluso se manifestó llano a pagar los reajustes adeudados, según consta en el considerando tercero de la sentencia en comento.

Una solución alternativa para el tribunal de alzada habría sido, por consiguiente, revocar la resolución recurrida argumentando que en el caso *sub lite* simplemente no se configuraba la cláusula de dureza pues el incumplimiento alegado no alcanzaba a generar el drástico efecto de enervar la acción de divorcio. Con ello habría reafirmado la noción de la cláusula como un mecanismo de corrección (en los restringidos ámbitos en que el derecho puede desplegar sus efectos en estas materias) de las inequidades derivadas del ejercicio unilateral de la acción de divorcio y no como obstáculo insalvable al mismo. Sólo cabe esperar que la intención de los sentenciadores haya sido que, en la reiteración del procedimiento, el Juez de Familia atienda razonablemente a la naturaleza del incumplimiento alegado por la cónyuge demandada de divorcio, o que el marido pague, en el intertanto, los reajustes adeudados.