

**123-A-2010.**

**CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO;** SAN SALVADOR, A LAS OCHO HORAS CON VEINTE MINUTOS DEL DIA TREINTA DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIEZ.

Conocemos de la apelación interpuesta por el Lic. ALVARO DANILO SOLÍS GUARDADO, apoderado de \*\*\*\*\*, de veinte años de edad, Ama de Casa, del domicilio de Ilopango y de \*\*\*\*\*, de treinta y nueve años de edad, Licenciado en Contaduría Pública, del domicilio de Ilopango, en las DILIGENCIAS DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, Motivo 1º del Art. 106 C.F. que se ventilan en el JUZGADO DE FAMILIA DE SOYAPANGO, a cargo del Lic. JULIO CÉSAR CHICAS MARQUEZ. Se confirma la admisión del recurso por reunir los requisitos mínimos de ley.

I. Se apela de la interlocutoria de fs. 25 que declaró inadmisibile la solicitud del Lic. SOLÍS GUARDADO, quedando a salvo el derecho de los señores \*\*\*\*\*, de plantear nuevamente la solicitud.

Los argumentos que sostuvo el juzgador para negar la admisión de la solicitud fueron los siguientes: Que el convenio que acompaña la solicitud otorgado ante los oficios notariales del Lic. Rodolfo Danilo Sagastume no le dio entero cumplimiento a lo establecido en el Art. 108 C.F. pues no se reflejaba a quien de los progenitores de la niña \*\*\*\*\* se le confiaba el cuidado personal y no se había especificado el régimen de comunicación y trato, tal como se le había requerido en el romano segundo de la resolución de fs. 15, pero al pretender evacuar la prevención consta que el nuevo convenio no cumple con los requisitos del artículo mencionado, en cuanto a la determinación del cónyuge bajo cuyo cuidado personal quedaría la niña \*\*\*\*\*, establecido en la cláusula uno “a” del precitado artículo, y no habiendo especificado además el Régimen de Comunicación y trato, de conformidad con los Arts. 1, 2, 11 y 12 Cn. Art. 7 letras “a”, “b”, “d”, “h”, 42 letra “i”, 96 L.Pr.F. y Art. 108 cláusula uno “a” C.F.

Notificado de esa resolución el abogado SOLÍS GUARDADO, presentó en tiempo y cumpliendo mínimamente con las formalidades de ley la apelación que conocemos expresando en lo fundamental que en dos ocasiones se le previno porque en el convenio de divorcio no había cumplido con lo que establece el Art. 108 C.F., por ello existen dos convenios. Que las dos

prevenciones hacen alusión a quien de los progenitores de la niña \*\*\*\*\*\*, se le confería el cuidado personal y régimen de comunicación y estadía, y el juzgador considera que no le dio entero cumplimiento al Art. 108 C.F. Que con el segundo convenio le dio cumplimiento a las prevenciones, pues con claridad expuso con quien quedaría la niña, lo mismo que el régimen de comunicación. Afirma que sólo basta con leer con atención el segundo convenio, para comprobar que le dio cumplimiento al Art. 108 C.F. Concluyó pidiendo se tenga por interpuesto el recurso.

Se mandó a oír a la Licda. Eva Gladys Brizuela Vásquez, Procuradora adscrita al tribunal, mediante auto de fs. 32, quien- en síntesis- expresó que el abogado SOLIS GUARDADO no había fundamentado el recurso de conformidad al Art. 158 L.Pr.F., por lo que no debe ser admitido y tampoco se hizo un petitorio. De llegarse a admitir considera que el convenio es oscuro y no obstante que se observó que no fue subsanado, el Código de Familia no contempla el hecho de que los padres compartan el cuidado personal de los hijos, aunque en la práctica se haga, en este caso debió decirse claramente en el convenio quien de los dos ejercería el cuidado personal, aunque éste sea compartido, pues el objeto de estas diligencias primordialmente es el divorcio, lo que implica separación de los cónyuges. Concluyó pidiendo se confirme la sentencia.

II. Por lo anterior, el decisorio de esta Cámara deberá determinar si procede revocar, modificar o confirmar la resolución impugnada, que inadmitió la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento, partiendo del análisis de la prevención que se le hiciera al Lic. SOLÍS GUARDADO, para que subsanara el convenio de divorcio.

Desde el punto de vista del derecho procesal familiar este tribunal ha establecido en pretéritas sentencias (195-A-05, 25 de Enero de 2006) que la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento debe reunir los requisitos que establece el Art. 42 en relación con el 180 L. Pr. F. y los que por la naturaleza de la pretensión corresponden. Es el artículo 42 L.Pr.F. el que enumera los requisitos de admisibilidad de la demanda (y en este caso la solicitud) y al omitirse cualquiera de ellos, el juzgador está facultado –sobre la base del Art. 96 L. Pr. F. a prevenir a la parte interesada para que subsane los errores u omisiones que contenga la pretensión, a fin de evitar sentencias inhibitorias.

Los errores u omisiones de la solicitud de divorcio (aspecto procesal) son distintos a los que pueda contener el convenio de divorcio, puesto que el convenio se refiere al acuerdo de los cónyuges, (aspecto sustantivo), el cual debe redactarse cumpliendo o consignando las cláusulas

que señala el Art. 108 C. F. En cambio, la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento sigue las reglas de los Arts. 42 y 204 inc. 2° L. Pr. F., entre otros, (debe en todo caso ser coherente con el convenio) de tal suerte que dependiendo de las circunstancias del caso, el juez puede prevenir la subsanación de las omisiones y errores que contenga el convenio y si éstos no fueren subsanados, será el mismo juzgador quien hará las modificaciones pertinentes en la sentencia que pronuncie en la audiencia oral que debe celebrarse (aún cuando se documente en debida forma).

Tal como lo establece el Art. 108 C. F., en el convenio se deben determinar las condiciones bajo las cuales quedarán sometidas los interesados al dictarse el divorcio; debido a que el principio de libertad e igualdad son los que en primer lugar rigen este motivo de divorcio, el juzgador además de dar cumplimiento a esos principios deberá salvaguardar primordialmente los derechos de los hijos –si los hay-, así como el cumplimiento de las obligaciones que correspondan a cada progenitor respecto de éstos; es por eso que se exige –en principio- la determinación del cónyuge que tendrá el cuidado personal de los hijos sujetos a autoridad parental, la representación legal y el régimen de comunicación y trato, alimentos, etc., Art. 108 1° y 2° C. F. Ello no obsta para que los progenitores, de acuerdo a las particularidades del caso: tipo de relación que mantengan y si esta es en beneficio de los hijos puedan acordar el cuidado de los hijos de manera compartida, tal como lo establece el Art. 130 letra b) L.Pr.F. el cuidado personal puede ser otorgado a ambos progenitores y así lo plantean las corrientes doctrinarias modernas denominadas como “tenencia compartida” e incluso se puede conceder en aquellos casos cuando existiendo contención entre los cónyuges sea lo más beneficioso para los hijos, de lo cual existen numerosos precedentes judiciales; además no está prohibido por la constitución, Art. 8.

En ese sentido al haberse planteado la solicitud de divorcio por el motivo 1ª del Art. 106 C.F. el juzgador hace un examen liminar de la solicitud y realiza las prevenciones sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 108 C.F. de ser necesario, de no haberlas admite la solicitud y hace las observaciones correspondientes al convenio, convocando a la audiencia respectiva para decidir lo que legalmente corresponda cumpliendo lo que prescribe el Art. 204 L.Pr.F inciso segundo, parte última, que literalmente dice: “El juez en la admisión de ésta puntualizará los aspectos del convenio que deban ser subsanados, si fuere el caso. Si las partes no los subsanaren el Juez hará las modificaciones procedentes en la sentencia que decreta el divorcio”.

Implica entonces que en el auto de admisión de la solicitud podrá según el caso hacer observaciones al convenio para las correcciones pertinentes por los interesados si fuere procedente, debiendo en ese sentido el juzgador puntualizarlas detalladamente, de tal manera, que si aún así no fuesen subsanadas oportunamente, el juez está facultado para realizar en la audiencia de sentencia las modificaciones que considere procedentes y plasmarlas en la sentencia que decreta el divorcio o en su caso, no decretar el divorcio si existiere conflicto en los interesados bajo las condiciones que el (la) juez (a) proponga. Debe entenderse que todo ello se realizará oyendo a los interesados y con la intervención del (la) Procurador (a) Adscrito (a) al tribunal a quo en audiencia de sentencia.

Para mayor claridad, cuando el juzgador considere que de conformidad al Art. 108 y 109 C.F. el convenio vulnera los derechos de los hijos y de los cónyuges, o que las prevenciones no han sido subsanadas o son oscuras, contradictorias o violatorias a los principios y derechos de la normativa familiar no acordes al Art. 108 C.F; en relación al Art. 7 letra a) L. Pr.F., que faculta al juzgador a dirigir el proceso (procedimiento), puede ordenar los estudios psicosociales al equipo multidisciplinario o CAPS para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, Arts. 4 y 9 L. Pr. F. en relación al Art. 12 LEPINA. En audiencia de sentencia, el juez (a), escuchará, en -algunos casos-a los cónyuges, si los convenios corregidos no vulneran los derechos de los cónyuges ni de los niños, niñas y adolescentes, resolviendo según lo convenido; de lo contrario podrá o no decretar el divorcio, ello si las partes no aceptan las condiciones que el juez (a) imponga.

En el sub-lite, el segundo convenio autorizado ante los oficios del notario Rodolfo Danilo Sagastume a fs. 21-22 consignó lo siguiente: “a) Cuidado Personal de la hija; Régimen de Visitas y Comunicación y Estadía. La hija procreada en común...quedará bajo el cuidado y guarda personal de ambos y en cuanto a la representación legal, será ejercida por ambos padres...Para consolidar y fomentar la relación padre e hija, en vista de que la primera regla es que el cuidado y representación va a ser ejercida por ambos, el padre podrá disponer todo el tiempo que sea necesario con su hija. Como consecuencia, el padre tendrá un horario indeterminado, entendiéndose que el señor \*\*\*\*\*, estará con su hija en la casa de él, para que duerma en la misma, y la madre tendrá a la niña durante el transcurso del día”. Como se puede interpretar los señores \*\*\*\*\*, confieren en el convenio el cuidado personal de la niña \*\*\*\*\* en forma compartida, entendiéndose que el régimen

de comunicación y trato sería abierto; en el convenio también se contemplaron otros aspectos, como por ejemplo, cuando la madre viaje a Estados Unidos de América ó si la niña estuviere siendo maltratada por la madre, estableciendo ambos progenitores que en esos casos el cuidado personal lo tendría el padre, previendo además el establecimiento de un régimen de comunicación y trato a favor del padre en las diferentes modalidades para los dos casos. Así mismo establecieron un régimen de comunicación y trato en los períodos de vacaciones de Semana Santa, Navidad y Fin de año, como las celebraciones del día del padre, madre y cumpleaños, a favor de la Sra. \*\*\*\*\* y el Sr. \*\*\*\*\*

Si bien es cierto que existe claridad en cuanto al otorgamiento del cuidado personal de la niña en forma compartida a los progenitores y sobre el régimen de comunicación anteriormente mencionado, al darle lectura en su conjunto a todo el convenio y a la solicitud se vislumbra que el mismo contiene cláusulas favorables solo al señor \*\*\*\*\*, en los casos que especialmente se mencionan, pero en todo caso debieron puntualizarse detalladamente las prevenciones y no en forma general.

Por lo anterior este tribunal estima que la solicitud debe ser admitida pues prima facie se observa que el convenio reúne los requisitos establecidos en el Art. 108 C.F. acordando los cónyuges un cuidado personal compartido, situación no prohibida por la ley, además esta modalidad modernamente es aceptada en algunos países de manera expresa en la ley, así como también doctrinaria y jurisprudencialmente.

Al analizar el caso sub lite consideramos que las prevenciones realizadas al solicitante como requisito previo de admisibilidad de la solicitud no son pertinentes, pues tanto en el primer convenio como en el segundo celebrado ante los oficios del notario Rodolfo Danilo Sagastume el día quince de julio del presente año, a fs. 21-23, se consignó lo relativo al cuidado personal a ambos progenitores y esto tiene como consecuencia (así lo han solicitado) un régimen de comunicación y trato abierto o amplio. Si el juzgador tuviere dudas en cuanto a las cláusulas los convenios suscritos puede ordenar los estudios pertinentes al equipo multidisciplinario o CAPS, o aclararlos detalladamente con los cónyuges en audiencia evitando con ello que se vulneren derechos de los hijos y de los cónyuges decidiendo lo que legalmente corresponda a la solicitud del divorcio.

Por otro lado, esta Cámara considera que los acuerdos establecidos en el convenio de divorcio tienen que cumplir los siguientes requisitos: A) Contener las cláusulas que establece el

Art. 108 C.F. B) El contenido de las cláusulas deben redactarse con suficiente claridad; C) Que los acuerdos adoptados no vulneren los derechos de los hijos ni de los cónyuges reconocidos en el Código, Art. 109 C.F. D) Las cláusulas deben ser elaboradas bajo los principios de igualdad y equidad de los cónyuges y unidad de la familia, lo que requiere actuar con probidad, lealtad y buena fe, Art. 4 C.F. en relación con el Art. 7 letra h) L.Pr.F. E) Los acuerdos deben considerar y darle cumplimiento al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, Art. 4 C.F. en relación con los Arts.10, 12, 20, 37, 79, 80, 81, 90, etc. LEPINA, para no volver nugatorio los derechos de los hijos. F) Las cláusulas no deben ser obscuras ni sometidas a condiciones inciertas, indeterminadas y lesivas al interés superior de los hijos. Por tanto no deben responder a intereses propios de ninguno de los cónyuges. G) No deben contener cláusulas que impliquen una renuncia tácita de derechos en perjuicio de uno de los cónyuges, mucho menos de los hijos. 7) En términos generales dar cumplimiento a lo dispuesto en los Arts. 3, 33 y 34 Cn. Debe tenerse presente que en estos casos en lo que atañe a los alimentos, cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, régimen de comunicación y trato, etc. pueden ser modificados al cambiar las condiciones en que se apruebe el convenio a través del inicio de otro proceso, así lo establece el Art. 83 L.Pr.F., en relación a los Arts. 110 y 259 C.F.

En conclusión la solicitud presentada por el Lic. SOLIS GUARDADO deberá ser admitida y tramitada conforme a la ley, pues consideramos que las prevenciones para modificar un convenio no son un presupuesto de admisibilidad de la solicitud; siendo el trámite señalado para ello lo dispuesto en los Arts. 42, 96, y 204 L.Pr.F.

Por lo antes expuesto y en aplicación de los Arts. 3, 33 y 34 Cn.; 3, 4, 104, 105, 106, 108, 109 y 110 C. F.; 10, 12, 20, 37,79,80,81, 90, y otros LEPINA; 42, 83, 96, 153, 156, 158, 160, 161, 204 y 218 L. Pr. F.; 216, 217, 218 y 219 C.P.C.M., esta Cámara RESUELVE: Revócase la resolución que declaró inadmisile la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento presentada por el Lic. ALVARO DANILO SOLÍS GUARDADO, como apoderado de los señores \*\*\*\*\*y \*\*\*\*\* . En consecuencia admítese dicha solicitud y désele el trámite de ley hasta dictar la sentencia en la audiencia respectiva. Devuélvanse los originales al tribunal remitente, con certificación de esta sentencia. NOTIFÍQUESE.----PRONUNCIADA POR LOS MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN:---DR. JOSE ARCADIO SANCHEZ VALENCIA---Y LICDA. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ----. A. COBAR. A SECRETARIO.-

