

143-11-ST-F

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DE OCCIDENTE: Santa Ana, a las catorce horas del día cinco de octubre del año dos mil once.-

IDENTIFICACIÓN DE LAS DILIGENCIAS

La presente providencia corresponde al expediente de las diligencias de jurisdicción voluntaria de divorcio por mutuo consentimiento procedente del Juzgado de Familia de Santa Tecla con referencia ST-F-1384-106(1)-11, promovidas por los señores [...], empleado y [...], comerciante; quienes son representados por su apoderada licenciada **SILVIA MARGARITA JIMÉNEZ DE MORÁN**, abogada.- Todos son mayores de edad y del domicilio de Santa Tecla, a excepción del señor [...] quien es del domicilio de San Salvador.- En este Tribunal de Segunda Instancia tal expediente ha sido registrado con la referencia 143-11-ST-F.-

Mediante sentencia interlocutoria pronunciada a las quince horas treinta minutos del día quince de agosto del año dos mil once (fs. 20), el tribunal declaró inadmisble la solicitud de divorcio por considerar que no se había subsanado en legal forma la prevención formulada a fs. 14.-

Inconforme con lo resuelto, la licenciada Jiménez de Morán interpuso recurso de apelación contra ella (fs. 24 a 26).-

ADMISIBILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN

El recurso planteado por dicha profesional reúne los requisitos legales para ser admitido y son los siguientes (las disposiciones que aparecerán entre paréntesis corresponden a la Ley Procesal de Familia, identificada sólo como “Pr. F.”): **[I]** La procedencia del recurso es factible, pues la resolución impugnada está comprendida expresamente en la ley como apelable por ser una sentencia interlocutoria mediante la cual se declaró inadmisble la solicitud inicial de las diligencias (Art.153 lit. “a”); **[II]** quien interpuso el recurso tiene legitimidad procesal para hacerlo, es sujeto de la apelación por ser apoderada de los solicitantes a quienes les fue desfavorable la decisión (Art. 154); **[III]** lo planteó en forma, es decir por escrito (Arts. 148 inc. 1º y 156 inc. 1º); **[IV]** lo propuso en tiempo, o sea dentro de los tres días siguientes a la notificación de la expresada sentencia interlocutoria (Art. 148 inc. 1º y 156 inc. 1º); **[V]** indicó el punto impugnado de la decisión, el que declaró la inadmisibilidad de la solicitud (Art. 148 inc. 2º); **[VI]** así como la petición en concreto, que se revocara la resolución impugnada (Art. 148 inc.

2°); y [VII] la resolución que pretende, que se admitiera la solicitud de divorcio planteada y se le diera el trámite legal (Art. 148 inc. 2°).-

En virtud de lo anterior y de lo que dispone el inciso segundo del Art. 160 Pr.F., se admite el recurso de apelación interpuesto por la licenciada Silvia Margarita Jiménez de Morán de la sentencia interlocutoria relacionada al inicio (fs. 20), por lo que se procede a su conocimiento y decisión.-

HECHOS Y PRETENSIONES

Con la solicitud de fs. 1 y 2 se pretende la disolución del vínculo matrimonial del señor [...] y [...], mediante el divorcio por el motivo de mutuo consentimiento, en la que se manifiesta que los solicitantes contrajeron matrimonio el día veintidós de abril de mil novecientos noventa y cinco; que dentro del matrimonio procrearon dos hijos, [...] y [...], ambos de apellidos [...], actualmente de quince y nueve años de edad respectivamente.-

Que para los efectos del divorcio por el motivo de mutuo consentimiento los solicitantes suscribieron un convenio (fs. 10 y 11) que regularía sus relaciones futuras; tal convenio en lo medular contiene las cláusulas siguientes: a) su voluntad de disolver el vínculo matrimonial que los une, por medio del divorcio en base al motivo de mutuo consentimiento; b) que el cuidado personal de sus expresados hijos se confiaría a la madre de ellos, señora [...]; c) se estableció un régimen de visita, comunicación y estadía a favor del padre, abierto, teniendo como única restricción no obstaculizar los horarios de descanso y estudio de sus hijos nominados, así como coordinar previamente tal visita con la madre; d) que para los gastos de alimentación de los menores [...], el padre aportará en concepto de cuota alimenticia la cantidad de cien dólares, haciéndola efectiva de forma mensual en el último día de cada mes por medio de depósito en la cuenta bancaria [...] en el banco PROCREDIT, a favor de la adolescente [...], teniendo dicha cuota una actualización anual del cinco por ciento; e) que para garantizar la anterior cuota alimenticia el señor [...] en ese acto otorgaba caución juratoria, expresando que juraba cumplir fiel y puntualmente su obligación alimenticia y cuya conformidad expresó la señora [...]; f) que no procedía el pago de pensión alimenticia especial por no configurarse en ambos otorgantes los supuestos del Art. 107 del Código de Familia, (en los sucesivos identificado sólo como “F.”); g) que no se establecía pensión compensatoria en virtud de que los otorgantes no se encontraban en el supuesto del inciso primero del Art. 113 F.; h) que no procedía establecer el uso de vivienda y menaje familiar en virtud de que no existía vivienda sobre la cual pronunciarse, por residir la

madre y los hijos en vivienda propiedad de terceros; i) en lo referente a la base para la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio no procedía por estar sometidos al de separación de bienes.-

LA PREVENCIÓN

Por decreto de sustanciación de las diez horas treinta y cinco minutos del día veintidós de julio del año dos mil once (fs. 14), el tribunal previno a la licenciada Jiménez de Morán: que debía presentar el convenio de divorcio en legal forma, utilizando cualquiera de las formas legalmente establecidas en la legislación común, dado que el Código de Familia no exige una forma específica, el documento que había sido presentado no reunía los requisitos mínimos de legalidad, ya que la única actuación notarial que tenía era la auténtica de las firmas, pero no era ni acta notarial, ni documento privado autenticado, y no era siquiera un escrito dirigido al Juez; que en dicho documento se refería indistintamente a los solicitantes en primera y tercera persona y que respecto a la declaración jurada prestada para garantizar alimentos, tuviera validez debía ser otorgada ante notario.-

Dicha profesional, a efecto de manifestarse sobre la prevención efectuada, expresó en el escrito de fs. 18 y 19 que en el Código de Familia ni en la Ley Procesal de Familia, se exigía formalidad alguna para el otorgamiento del convenio de divorcio, por lo tanto consideraba que no era necesario elaborarlo nuevamente por los medios que la resolución mencionaba, pues era contradictorio que se exigiera que el convenio de divorcio se formalizara según lo establecido en la ley, si la misma ley no las exigía; que si bien en lo no dispuesto en la ley especial se debía aplicar supletoriamente lo dispuesto en el derecho común dicha normativa debía ser utilizada para llenar vacíos y no para establecer mayores cargas, retrasando la administración de una pronta y cumplida justicia, aunado a que no se estaba frente a ningún vacío, ya que la falta de exigencia de requisitos formales del convenio de divorcio tiene la finalidad de dar facilidad a los cónyuges para resolver pacíficamente sus controversias y para la ruptura del vínculo matrimonial que los une, de manera expedita, sin necesidad de acudir ante un notario.-

LA INADMISIBILIDAD

Mediante providencia de las quince horas treinta minutos del día quince de agosto del año dos mil once (fs. 20), el juzgador de familia declaró inadmisibile la solicitud, por considerar que mediante resolución de fs. 14 se le había prevenido a la apoderada de los solicitantes que presentara nuevo convenio de divorcio, indicándole claramente las razones por las cuales se

consideraba que el presentado no reunía los requisitos mínimos de admisibilidad, por lo que habiendo transcurrido el término legal concedido para evacuarla, ésta no había sido subsanada en el punto prevenido.-

LA APELACIÓN

La licenciada Jiménez de Morán en su escrito de apelación (fs. 24 a 26) argumentó que la resolución que declaraba la inadmisibilidad de la solicitud se sustenta en la falta de subsanación de las prevenciones formuladas a fs. 14; que conforme al Art. 8 de la Constitución de la República, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe; que dentro del ordenamiento jurídico, específicamente en el Código de Familia y Ley Procesal de Familia, no hay disposición legal alguna que establezca como requisito formal para la validez del convenio de divorcio que sea formulado en acta notarial o escrito u otra formalidad; que el Art. 108 F. exige como formalidad para esa causal de divorcio que se suscriba un convenio, pero no exige formalidades específica para su formulación; que en cuanto a la declaración jurada considera que se ha generado confusión ya que uno de los solicitantes garantiza por medio de caución juratoria el cumplimiento de la cuota alimenticia que otorgará a favor de sus hijos, sin embargo para el otorgamiento de tal garantía en base a lo regulado en el Art. 108 numeral 2° no existe formalidad alguna a seguir y se puede otorgar dentro del convenio, el cual como se había manifestado podía otorgarse en cualquier forma.- En base a lo anterior consideraba que la prevención efectuada no se encontraba apegada a derecho.-

En virtud del recurso interpuesto, el señor Juez ordenó la remisión del expediente de las diligencias a este Tribunal Superior para su conocimiento y decisión.-

CONSIDERACIONES DE ESTA CÁMARA

En el caso de autos, el fondo de la apelación estriba en determinar si se revoca la providencia mediante la cual se declaró inadmisile la solicitud de divorcio y en consecuencia se ordene su admisión y trámite.- Al respecto, es importante esclarecer ciertas situaciones:

El convenio de divorcio suscrito por los solicitantes y que fue presentado en las diligencias que nos ocupan es un “documento privado” y las firmas de los subcriptores fueron legalizadas por el notario Mario Orlando Ticas Rivera.- Tal documento fue objeto de reparo por parte del Juzgador de Primera Instancia, en el sentido de que se requirió la presentación de un nuevo convenio, otorgado por cualquiera de las formas legalmente establecidas en nuestra

legislación común y para que la declaración jurada contenida en el mismo tuviera validez, debía ser otorgada ante notario.-

Para analizar tal situación es preciso hacer historia del origen de la exigencia formulada por el juzgador y es que el divorcio por el motivo de mutuo consentimiento se encontraba regulado en el Código Civil en el Art. 148 (derogado); asimismo como requisito para su procedencia el derogado Código de Procedimientos Civiles exigía en el Art. 582 que “*Cuando se pida el divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges acompañarán a su solicitud un convenio en ESCRITURA PÚBLICA sobre los puntos siguientes:...*” (lo escrito en letras mayúsculas se encuentra fuera del texto transcrito).-

Cuando tal figura jurídica fue trasladada al Código de Familia, muchos de sus aspectos cambiaron, pues no obstante que ambas contemplan la suscripción de un “convenio” como requisito que debe acompañar a la solicitud de divorcio, el contenido y la eficacia del mismo difiere en ambos ordenamientos.-

Al respecto en la legislación vigente el Art. 108 F. literalmente establece que: “*Los cónyuges que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, deberán suscribir un convenio, que contendrá por lo menos las siguientes cláusulas;...*”.- Como puede apreciarse, esa norma no exige formalidades para el otorgamiento del convenio, tal como el mismo Juez a quo, lo señala en la resolución que contiene las prevenciones formuladas por él; ni ante quién deba celebrarse, por lo que es nuestro criterio que puede formularse en escritura pública o en acta notarial o en documento privado, reconocido o no ante notario (Art. 52 de la Ley de Notariado), pues lo esencial es que el documento sea otorgado por los cónyuges que pretenden divorciarse y que conste por escrito; al documentarlo en instrumento público ante funcionario conocedor del derecho, no le otorga mayor veracidad que si se formaliza en documento privado, pues la fe notarial es plena en lo tocante al hecho de haber sido otorgado en la forma, lugar, día y hora que expresa el instrumento (Art. 1 inc. 2º parte final de la Ley de Notariado), por lo que suscribirlo en documento privado no es óbice para que no pueda admitirse tal convenio tal como fue otorgado, pues efectivamente, como hace referencia la apelante, no hay norma expresa que regule las formalidades de su otorgamiento; lo que sí es una exigencia legal, es que el convenio contenga las cláusulas que indica el Art. 108 F., y aunque éste ni el Art. 212 Pr.F. lo expresen, deberá constar por escrito pues en ambas disposiciones se exige que sea “suscrito” por los cónyuges y ello sólo es posible cuando el convenio se otorgue por escrito, además de ser presentado con la

solicitud para su calificación.- Estos son los requisitos del convenio que los jueces deberán calificar para aprobarlos, si no se cumplen o se considera que hay cláusulas violatorias a la ley y la Constitución de la República, deberán puntualizarlas haciendo las correspondientes prevenciones y, en último caso, si éstas no son corregidas, el juzgador no lo aprobará o, en su caso, se harán las correcciones o modificaciones pertinentes (Art. 109 F. y 207 inc. 2° Pr.F.).-

Consideramos que la falta de especificación de las formalidades del convenio en la legislación familiar, contrario a lo regulado expresamente en la legislación común derogada, se debe a que en base a la normativa de familia el convenio no surte efectos por sí mismo o de pleno derecho, sino que los producirá cuando sea calificado y aprobado por el juzgador y, en consecuencia, sea pronunciada la sentencia definitiva, de ahí que lo principal lo constituya el contenido de tal convenio y no la forma en que este haya sido suscrito, pues lo que constituiría de obligación cumplimiento será la sentencia definitiva que se dicte en las diligencias de divorcio.- En lo que la forma, queda a la autonomía de la voluntad de los solicitantes, pero no el contenido del convenio, que debe asegurar y garantizar la no vulneración de derechos de los hijos y de los cónyuges.-

Respecto a la caución juratoria otorgada por el señor [...], el numeral 2° del Art. 108 F. establece que en el convenio se deberán indicar “las garantías reales o personales ofrecidas para su pago”; dicha norma expresa de manera general las garantías admisibles, señalando únicamente la naturaleza de su procedencia pero sin mencionar específicamente a cuales se refiere, no obstante ello, el Art. 311 F. hace mención de garantías admisibles para la administración de guardas, tal norma podría aplicarse analógicamente en los casos en que la ley familiar ordene el otorgamiento de garantías y menciona como admisibles: la hipoteca, la prenda, la fianza otorgada por instituciones de crédito o empresas de seguros o de fianzas, la garantía personal, “*aún la caución juratoria*” será admisible si fuera suficiente a criterio del juzgador.-

Es de hacer notar que la caución juratoria, a diferencia de las demás especies de garantías, no se encuentra regulada en cuanto a las formalidades y presupuestos exigidos para su validez, pues éstos se encuentran reguladas en el derecho común y para las cuales es necesario cumplir con todos los requisitos formales y solemnes ahí determinados; pero en el caso de la caución juratoria, ni la normativa familiar ni la común expresan en qué forma debe otorgarse, por lo que ante tal situación de falta de regulación, consideramos que el otorgamiento de

caución juratoria en el convenio por el señor [...], es aceptable pues la segunda cláusula del Art. 108 F. exige que en el convenio se establezca o indique la garantía que se ofrece a fin de que sea valorada por el Juzgador.-

En base a lo anterior consideramos que, en cuanto a la forma de su otorgamiento, el convenio suscrito por los solicitantes es admisible, pues la ley no determinó formalidad específica al efecto, únicamente exige que sea otorgado por los cónyuges, por escrito a fin de externar y demostrar su voluntad, por lo que estimamos que no es procedente exigir requisitos que no se encuentran regulados en la legislación, ya que *“la forma de los actos procesales será la necesaria para la finalidad perseguida, salvo que la ley la determine expresamente y en todo caso se evitará el ritualismo”* (Art. 23 Pr.F.).- Si bien es cierto que en el convenio se determinan las condiciones bajo las cuales se regirán las relaciones familiares a futuro y posterior al divorcio, el contenido de tal instrumento no constituye en estricto sentido un “requisito de admisibilidad de la solicitud”, pues si el convenio de divorcio presentado por los cónyuges no reúne los requisitos que la ley establece, el Juez de Familia podría admitir la solicitud de divorcio y puntualizarlos para que “los solicitantes” personalmente amplíen o modifiquen el convenio en el sentido que el tribunal les indique y pueden hacerlo ya sea mediante el otorgamiento de otro convenio o bien manifestando oral y personalmente en la audiencia de sentencia los términos en que lo amplían o modifican o bien el Juez, con las facultades que le concede el Art. 204 inc. 2° Pr. F. puede hacer al convenio las modificaciones procedentes en la sentencia que decreta el divorcio (de allí la importancia de que los solicitantes comparezcan personalmente a la audiencia de sentencia), ya que si los interesados no cumplen de la manera prevenida las exigencias legales para la calificación del convenio (lo que se realiza en la audiencia de sentencia), el Juez de Familia respectivo no lo aprobará (Art. 109 F.) y como consecuencia declararía sin lugar la solicitud de divorcio.-

De lo anterior concluimos que si la solicitud de divorcio reúne los requisitos formales que establece el Art. 42 Pr. F., el Juez de Familia debe de admitirla y si fuere el caso, debe puntualizar los aspectos del convenio que considere que deban subsanarse, los cuales en lo posible deben cumplirse antes de la audiencia de sentencia a efecto de que el juzgador pueda estudiar detenidamente si los aspectos señalados fueron subsanados; caso contrario podría modificar el convenio tal como se indicó anteriormente.- En virtud de ello y de la lectura del convenio presentado se advierte que respecto a la cuota alimenticia ofrecida por el señor [...] a

favor de sus dos menores hijos, no fue definida respecto a la cantidad que ofrecía y correspondería a cada uno de ellos, ya que en forma general se establece que será de cien dólares mensuales.- Sobre este particular es de aclarar que de conformidad a lo establecido en el Art. 254 F., los alimentos se deben fijar por cada hijo, es decir que es indispensable cuantificar la proporción o la cantidad exacta que corresponderá a cada uno de éstos, por lo que tal situación deberá ser subsanada en la forma puntualizada.-

ACTOS DE COMUNICACIÓN

Esta sentencia deberá notificarse de la siguiente manera: a la licenciada Silvia Margarita Jiménez de Morán apoderada de los solicitantes, mediante el telefacsímil N° [...], ofrecido a fs. 26 y 2 vto.; y B) a la licenciada María de los Ángeles Contreras Zaldaña, Procuradora de Familia del Juzgado de Familia de Santa Tecla, , por edicto a fijar en el tablero judicial de esta Cámara de Familia por no haber señalado un lugar para citaciones y notificaciones en la ciudad de Santa Ana, sede de la misma y por ignorar este Tribunal Superior si tiene una dirección dentro de la circunscripción territorial de Santa Ana o un medio electrónico y que éstos no constan en registro público alguno (Arts. 33 incs. 2° y 5° Pr.F., 170 inc. 1° y 171 inc. 2° del Código Procesal Civil y Mercantil).- Si por cualquier motivo no fuere posible la transmisión por el referido telefacsímil, hágase la notificación a la licenciada Jiménez de Morán como a la Procuradora de Familia nominada y por la misma causa.-

LA DECISIÓN

En virtud de la motivación expuesta, de las disposiciones legales citadas y de lo que establecen los Arts. 149, 161 Pr.F.: A) **REVÓCASE** la sentencia interlocutoria del señor Juez de Familia de Santa Tecla pronunciada a las quince horas treinta minutos del día quince de agosto del año dos mil once, mediante la cual declaró inadmisile la solicitud de divorcio fs. 1 y 2.- B) **ADMÍTESE** la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento planteada por los señores [...]. C) **TIÉNESE** por parte solicitante a la referidos señores y como su apoderada a la licenciada Silvia Margarita Jiménez de Morán.-D) **RECÍBASE** la prueba documental ofrecida por los solicitantes.- E) **FACÚLTASE** al señor Juez de Familia de Santa Tecla para que señale hora y fecha para celebrar la audiencia de sentencia, conforme a la calendarización que lleva al efecto.- F) **PREVIÉNESELE** a los solicitantes para que hasta antes o durante la audiencia de sentencia, amplíen el convenio de divorcio suscrito en el sentido de cuantificar la proporción o la cantidad exacta que corresponderá a cada uno de los menores [...] respecto de la cuota

alimenticia ofrecida por el señor [...].- G) **TÓMESE** nota del lugar señalado para recibir notificaciones.-

Devuélvase en su oportunidad el expediente de la pieza principal al tribunal de origen con certificación de la presente providencia.-

LA ANTERIOR SENTENCIA INTERLOCUTORIA FUE PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS Octavio Humberto Parada Cerna y Ana Guadalupe Zeledón Villalta