

CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DEL CENTRO, SAN SALVADOR, A LAS DOCE HORAS VEINTE MINUTOS DEL DÍA DIEZ DE ENERO DE DOS MIL OCHO.

Conocemos la apelación vía de hecho interpuesta por el Lic. WILFREDO ERNESTO GUTIÉRREZ AYALA, en calidad de apoderado de la señora ***** , mayor de edad, ingeniera industrial, originaria y de este domicilio, contra la interlocutoria pronunciada por el JUEZ PRIMERO DE FAMILIA DE SAN SALVADOR, Lic. JORGE ALFONSO QUINTEROS HERNÁNDEZ, en las DILIGENCIAS DE MEDIDAS CAUTELARES como acto previo a la interposición de la DEMANDA DE ALIMENTOS, seguido por los Licenciados MARCO ANTONIO GUEVARA ARÉVALO y RAQUEL CABALLERO PINEDA, conocida por RAQUEL CABALLERO DE GUEVARA, en calidad de apoderados del señor ***** , mayor de edad, músico y sociólogo, del domicilio de Antiguo Cuscatlán, Departamento de La Libertad, en calidad de representante legal de la menor ***** . Ha intervenido asimismo la Licenciada DOMINGA YOLANDA HENRÍQUEZ, Procuradora de Familia adscrita al Tribunal *a quo*.

I. ANTECEDENTES.

La medida cautelar que impuso alimentos provisionales a cargo de la señora ***** , a favor de su hija ***** , por la cantidad de SEISCIENTOS DÓLARES, a hacerse efectiva por medio del sistema de retención, fue emitida por medio de resolución del día uno de noviembre de dos mil seis (Fs. 35). En dicha resolución También se dijo que "la vigencia de la medida" estaría sujeta a lo que establece el Art. 75 L.Pr.F.

Este precepto, en lo atinente, establece que dichas medidas "*...cesarán de pleno derecho si no se presenta la demanda dentro de los diez días siguientes a su ejecución*".

Por auto de fs. 39, se modificó dicha medida expresándose que una vez retenida la misma deberá ser depositada en la cuenta de ahorros a nombre del señor ***** , ordenándose librar el oficio correspondiente al pagador, acotando que la cuota sólo sería retenida en el mes de noviembre de dos mil seis. En esta resolución se especificó que la medida se había decretado por el plazo de diez días siguientes a su ejecución, por lo que cesaría en el mes de noviembre de dos mil seis.

Dicha medida y su modificación fue notificada a la alimentante obligada a las doce horas y cuarenta minutos del día quince de noviembre de dos mil seis (cfr. acta de fs. 40). Es decir que el plazo para impugnar dicha interlocutoria, mediante el recurso de revocatoria, vencía de conformidad al Art. 151 L.Pr.F. dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación respectiva es decir el dieciséis de noviembre citado. El plazo

para interponer recurso de apelación era dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación, por lo que éste venció el día veinte de ese mes y año. Art. 153 literal f) y 156 inciso primero L.Pr.F.

El oficio fue librado al Pagador de "La Constancia S. A." el día nueve de noviembre de dos mil seis (fecha consignada en el mismo) (fs. 41) pero fue entregado (recibido) hasta el día catorce de noviembre de dos mil seis, es decir, que fue a partir de esta fecha que nació la obligación de ejecutar la medida, por lo que es a partir de ese momento que se contabilizan los diez días a que se refiere el Art. 75 L.Pr.F. (según lo establecido por el Juez en la resolución de fs. 39); venciendo dicho plazo el día veintiocho de noviembre de dos mil seis, dentro del cual deberá interponerse la demanda.

De la resolución que decretó alimentos provisionales (fs. 35; del uno de noviembre de dos mil seis) se interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio por parte del Licenciado GUTIÉRREZ AYALA, mediante escrito de fs. 42 /44, la cual le fue denegada por considerar el Juez a quo que dicha medida habría cesado de pleno derecho. Asimismo le fue denegada la apelación interpuesta subsidiariamente, fundamentándose en los principios de economía y celeridad procesal. (Resolución de las quince horas del día cuatro de diciembre de dos mil seis, fs. 57/58).

Tal actuación judicial (la denegatoria de la apelación) habilitó al Lic. GUTIÉRREZ AYALA para interponer recurso de apelación de hecho, ante esta Cámara. Fundamentó dicho recurso a Fs. 42 /43 de la siguiente manera:

Que si bien es cierto, la medida cautelar ha cesado de pleno derecho, la consecuencia de no haber revocado dicha medida trajo aparejado el descuento de seiscientos dólares en el salario de su representada, percibido en el mes de noviembre, además de tener que pagar la cuota alimenticia provisional fijada por el Juzgado de Familia de Santa Tecla, lo que conlleva un agravio económico a su mandante.

Que aún cuando el Art. 160 inciso segundo L.Pr.F. es el que establece que deberá ser el Tribunal de Segunda Instancia el que decidirá sobre la admisión del recurso planteado, el Juez de primera instancia denegó indebidamente el mismo arguyendo una mala aplicación e inobservancia de preceptos legales específicamente del Art. 75 L.Pr.F. y los principios rectores del proceso de familia, los deberes del Juez y la forma de los actos procesales.

Manifiesta que si bien es cierto las medidas cautelares se pueden decretar en cualquier estado del proceso a petición de parte o de oficio lógicamente se refiere a un proceso que ya se esté tramitando en el que se decreten dichas medidas y no uno diferente como en el presente caso; cuando se solicitan como acto previo, es porque no se ha iniciado ningún proceso en donde se ventile la pretensión solicitada esperando con ello asegurar su resultado para cuando se inicie el proceso correspondiente, lo que en este caso no es procedente ya que existe un proceso donde ya hay pronunciamiento sobre la cuota alimenticia solicitada.

Finalmente pide que se revoque la resolución que fijó la medida cautelar de cuota alimenticia provisional a su poderdante y sean abonados a la cuota alimenticia provisional ordenada en el Juzgado de Familia de Santa Tecla en el expediente clasificado bajo el número NS-F-822-106.3-03(2).

II. Por auto de fs. 10/11 de este incidente se hicieron las consideraciones para la admisión del recurso y se mandó a oír a la parte contraria Licenciados MARCO ANTONIO GUEVARA ARÉVALO y RAQUEL CABALLERO PINEDA conocida por RAQUEL CABALLERO DE GUEVARA, sobre el recurso planteado, quienes contestaron los argumentos de la apelación a fs. 18 /22 de este incidente de la siguiente manera:

Que el apelante ha realizado una interposición de hecho del recurso de apelación, sin tener para ello el fundamento debido, por cuanto sus principales argumentos han sido que existe un proceso en el cual ya se ha pronunciado una cuota alimenticia y que no se presentó demanda dentro de los diez días siguientes a la ejecución de la medida, pero ambas afirmaciones carecen de consistencia lo cual se fundamenta a continuación.

Que existe un proceso de divorcio en el cual la Cámara de Familia de Occidente declaró sin lugar "in limine litis" la pretensión de alimentos incoada por el padre (y por la madre) de la niña *****, en razón de supuestos "intereses contrapuestos", criterio que no comparten por considerar que hay una infracción de ley, pero la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó lo resuelto por dicha Cámara al declarar improcedente el recurso.

De esa manera resulta que a pesar de que el juicio de divorcio no ha finalizado, la demanda autónoma de alimentos ha quedado como si "nunca la hubiesen intentado", puesto que quedó inadmitida "in limine litis" bajo los efectos de "cosa juzgada formal".

Ahora bien, siendo que no existe litispendencia de alimentos respecto del juicio de divorcio, la nueva demanda se interpuso en San Salvador, porque éste es el domicilio de la demandada y también porque el señor ***** es el legítimo y exclusivo representante legal de la niña *****.

De los presuntos intereses contrapuestos.

Manifiestan que el caso de divorcio fue conocido por esta Cámara, bajo la referencia 143-A-04, en el cual no se advirtió esos intereses contrapuestos, contrario al fallo de la Cámara de Familia de la Sección de Occidente y que únicamente se fundamentó en lo dispuesto en el Art. 83 L.Pr.F.

Incluso, en la sentencia del Juzgado de Paz, se relacionó que el cuidado y guarda personal de la niña ***** , correrá por cuenta del padre. Con lo cual no se

contraría lo dispuesto en el Art. 223 C.F., en el cual se establece que "el padre o la madre a quien se hubiere confiado mediante resolución judicial el cuidado personal del hijo, tendrá exclusivamente la representación legal del mismo".

Que el fallo pronunciado por la Cámara de Occidente es el fundamento jurídico para sostener la legitimación procesal y moral en la representación "exclusiva" de los intereses de la niña *****.

Que han transcurrido más de ocho años de los doce que tiene la menor ***** , durante los cuales ha permanecido exclusivamente bajo el cuidado personal de su padre, padeciendo las indiferencias y menosprecios de su madre, quien le niega una existencia digna. Además hay que tomar en cuenta que la pretensión de alimentos ha quedado desvirtuada por sentencia formal.

Demanda en el plazo legal.

Se afirma que no se presentó la demanda dentro de los diez días siguientes a la ejecución de la medida cautelar, pero existe un recurso de revocatoria pendiente de resolución al respecto, puesto que la demanda se presentó oportunamente en la Secretaría receptora de demandas, cumpliendo el supuesto hipotético del Art. 75 L.Pr.F., siendo que apenas habían transcurrido siete días desde la ejecución de la medida cautelar.

Irregularidades del proceso.

Que por el hecho de que estas diligencias fueron conocidas por tres jueces diferentes, existe la posibilidad de que haya entorpecido la coherencia en las mismas, por las irregularidades siguientes:

a) Que se admitió la solicitud que dio origen a estas diligencias como "medida de protección" según el Art. 130 L.Pr.F., siendo lo correcto la pretensión de medida cautelar de alimentos como acto previo bajo la responsabilidad del solicitante. Art. 75 L.Pr.F..

b) Que en la admisión de la solicitud se ordenó la realización de un "estudio socioeconómico" no obstante haber solicitado que la medida se ordenara "*inaudita partes*", por haberse cumplido con los presupuestos necesarios para decretar las medidas cautelares pertinentes.

c) Que además se pidió la cuota correspondiente a "aguinaldo" a favor de la referida menor.

d) Posteriormente a fs. 35 se revocó por contrario imperio lo resuelto y se decretó la medida cautelar solicitada, no así en lo referente al aguinaldo. Además la cuota decretada fue un tercio de lo solicitado y apenas un diez por ciento del salario mensual que devenga la alimentante.

e) Se ordenó además que la cuota se hiciera efectiva a mas tardar el último día de cada mes a partir del mes de noviembre (del año dos mil seis) por medio del sistema de retención y entregada al señor *****.

f) luego se especificó por la Jueza interina a fs. 39 que la cuota sería retenida sólo en el mes de noviembre de dos mil seis y se libró el oficio correspondiente.

g) Que el Juez a quo, manifestó que la medida cesaría de pleno derecho en el plazo de diez días siguientes a su ejecución, por lo que cesarían en el mes de noviembre, con lo cual daba por sentado que la demanda no se presentaría, cuando en la especie ocurrió lo contrario.

Que además de todo lo expuesto, el proceso de divorcio al que se han referido se ha extraviado pues desde el mes de enero de dos mil siete, se informó que se encontraba en la Sala de lo Civil, sin embargo a la fecha no se ha remitido el mismo y parece increíble que han transcurrido tres años y medio desde que se inició la audiencia de sentencia y hasta la fecha – virtualmente – aún no ha finalizado. Por lo que solicitaba tener consideración de esos elementos para hacer justicia a la niña *****.

Finalmente piden se declare sin lugar el recurso de apelación, por no existir la litispendencia alegada por la parte apelante; se modifique la resolución de fs. 35 en el sentido de establecer en concepto de medida cautelar de cuota alimenticia provisional a favor de la niña *****, y a cargo de la señora *****, la suma mensual de un mil ochocientos dólares, a partir de noviembre de dos mil seis, hasta la finalización del proceso correspondiente y además se ordene el pago de la cuota de aguinaldo o de bonificación anual, a cargo del alimentante, pagándose dichas sumas mediante el sistema de retención del salario.

Que las cuotas adeudadas se cancelen mediante un descuento mensual de quinientos dólares de los Estados Unidos de América, debiendo depositarse en la cuenta de ahorros señalada.

Que decretadas las medidas cautelares se ordene la acumulación de procesos en las presentes diligencias respecto del proceso de alimentos, tramitado en el Juzgado Tercero de Familia de San Salvador.

III. Así las cosas el quid de la alzada se constriñe en determinar si es procedente confirmar, revocar o modificar la resolución, en los puntos impugnados.

Para ello analizaremos el marco legal aplicable en el presente proceso, en relación a las actuaciones realizadas por ambas partes.

El Art. 75 L.Pr.F., establece "(...)Las medidas cautelares como acto previo, por regla general sólo se decretarán a petición de parte, bajo la responsabilidad del solicitante y

cesarán de pleno derecho si no se presenta la demanda dentro de los diez días siguientes a su ejecución."

Este tribunal, en reiteradas sentencias ha sostenido que las medidas cautelares son decisiones de carácter jurisdiccional, provisorias, discrecionales, mutables e instrumentales, dirigidas a proteger la integridad física y/o moral de los miembros del grupo familiar, así como satisfacer las necesidades urgentes o asegurar los efectos de una sentencia posterior. Así, la finalidad de las medidas consistentes en órdenes de protección es la de garantizar en su conjunto los derechos de los miembros de la familia y evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes, antes de emitir sentencia definitiva. Art. 76 inc. 1º L.Pr.F.

Según la doctrina, el fundamento y los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares son: a) la demostración de un grado más o menos variable de "verosimilitud" del derecho invocado o "humo del buen derecho" (fumus boni iuris); y b) el peligro en la demora (periculum in mora), que eventualmente puede aparejar el devenir de la instancia hasta el dictado de la sentencia. De ahí que, resulte imperativo salvaguardar la integridad física y psicológica de los miembros de la familia durante el tiempo de tramitación del procedimiento o inclusive previo al proceso, es decir, que las medidas cautelares, no sólo tienen por objeto impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende a través del proceso pierda su eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación del mismo y el pronunciamiento de la sentencia definitiva convirtiendo en ilusoria la pretensión o derecho, sino que también pueden ser decretadas **antes de la demanda para asegurar o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquella y preservar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en definitiva**. Desde luego esas medidas deben tener un plazo razonable, suficiente para que se entablen las acciones legales tendientes a solucionar los conflictos de forma definitiva en el proceso respectivo ante el (la) Juez(a) competente.

Además, la doctrina coincide en que, por su naturaleza, las medidas cautelares no requieren de prueba acabada o robusta para ser acogidas, sino que basta que liminarmente surja la verosimilitud en el derecho y la urgencia para que el juez(a) adopte las decisiones del caso, por lo que, se decretan sin oír previamente a la contraria; Art. 80 L.Pr.F.

En ese sentido habrá situaciones en que los jueces según su discrecionalidad podrían ordenar, previo al dictado de las medidas solicitadas, alguna diligencia encaminada a determinar los elementos necesarios para acoger la medida y garantizar de mejor manera los intereses de la familia.

En el caso que nos ocupa los Licenciados MARCO ANTONIO GUEVARA ARÉVALO y RAQUEL CABALLERO PINEDA, o RAQUEL CABALLERO DE GUEVARA, interpusieron la solicitud de la medida cautelar como acto previo a la promoción del respectivo **proceso de alimentos**. Lógicamente, a la demanda a que hacían referencia era la de modificación de la resolución que decretó alimentos, cuya presentación

en la secretaría receptora de demandas fue el día veintitrés de noviembre de dos mil seis, tal como consta a fs. 52.

Como bien lo expone la parte contraria a fs. 42/44 la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, sostuvo que habían intereses contrapuestos entre la menor, -y sus progenitores- quien por medio de su padre señor ***** interpuso la demanda de alimentos contra su madre, señora ***** y ésta a su vez, los reclamó a favor de su hija contra el padre (desde luego que ambos pretendían el cuidado personal de la niña) criterio que aunque no compartimos respetamos y es lo que hemos sostenido en pretéritas sentencias; sin embargo, a criterio del Tribunal citado para evitar alguna nulidad insubsanable, se requirió la legitimación de la personería continuándose entonces la pretensión de alimentos a favor de la niña ***** por medio de la Agente Auxiliar del señor Procurador General de la República, Licenciada MARLENE CONCEPCIÓN GÓMEZ CARDONA. Indicándose además que el pronunciamiento de las pretensiones de cuidado personal y alimentos deberán resolverse en sentencia definitiva.

Es así que la medida cautelar fue decretada tomando en consideración que dentro de los diez días siguientes a su ejecución debía presentarse la demanda; sin embargo esa demanda es de la que en apelación conoció esta Cámara pronunciándose la resolución (cuya certificación corre agregada a fs. 24/ 30 de este incidente) que la declara improcedente. Es decir, la finalidad para la cual se decretó la medida cautelar como acto previo, a la demanda, no puede cumplirse en el caso concreto, puesto que no existen las resultas de un proceso que asegurar ni derechos que urja salvaguardar porque estas medidas debieron pedirse y decretarse en el proceso pendiente de resolver en el Juzgado de Familia de Santa Tecla (en apelación en la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, con sede en Santa Ana) y que efectivamente se pidieron pero no fueron decretados manteniéndose lo acordado previamente por las partes en pretérita actuación judicial. Por lo tanto, no existiendo efectos del proceso que se pretende salvaguardar del cual serán instrumento las medidas cautelares -como acto previo-, no tiene razón de ser, decretarlas en las presentes diligencias, ya que pende un proceso en el que se resolverá al respecto.

Es por esas razones que existiendo un juicio de divorcio, en el cual se ventila la pretensión de alimentos y habiéndose establecido en él una cantidad en concepto de cuota alimenticia provisional, (misma que las partes acordaron previamente) y presentándose tal documentación al Juez a quo, éste debió de abstenerse de pronunciar dicha medida cautelar que como acto previo al proceso le fue solicitada, puesto que no se configuraban los presupuestos procesales para dictarla. En consecuencia existió una errónea aplicación de los preceptos legales citados por el a quo.

Sin embargo, consideramos que la parte solicitante ha actuado de buena fe, de acuerdo al Art. 3 literal h) L.Pr.F., en atención a que no ocultó la existencia del proceso referido y según expuso la cantidad decretada en aquel proceso no satisface actualmente las necesidades de la niña, quien se ve en situaciones apremiantes, la que se agrava al no encontrarse aún el proceso en el Juzgado de Familia de Santa Tecla, siendo su interés proteger a la niña, agregando que consideraba que existe errónea interpretación en la

sentencia emitida por la Cámara de Familia de Occidente y por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia –las cuales fueron presentadas por la parte apelada- basado en ello fue que solicitó alimentos provisionales como acto previo y autónomo del divorcio y posteriormente interpuso la correspondiente demanda calificada, preliminarmente como "**modificación de alimentos**" y a posteriori la cambió a la **pretensión de "alimentos"**. Es por esas razones que aún y cuando se revoca por ser improcedente la cuota provisional de alimentos fijada como acto previo a la demanda de alimentos, cantidad que fue cancelada -según el apelante- "indebidamente" por la alimentante, se le aplica lo dispuesto en el Art. 255 C.F., in fine, que a la letra reza "No habrá derecho de restitución contra el que de buena fe hubiere intentado la demanda", como efectivamente ha ocurrido en la especie, cantidad que definitivamente fue en beneficio e interés de la niña *****.

En consecuencia, y con fundamento en los artículos 255 C.F, 3 lit h), 7 lit a) y b), 75, 76, 80, 83, 151, 153, 156, 160, 163 L. Pr. F, a nombre de la República de El Salvador esta Cámara **RESUELVE**: Revócase la interlocutoria impugnada que fijó una cuota única provisional a favor de la niña ***** y a cargo de la señora ***** pronunciada a las quince horas del día uno de noviembre de dos mil seis, por no estar arreglada a derecho. Devuélvase al Tribunal remitente con certificación de este proveído. Notifíquese.

PROVEIDO POR LOS MAGISTRADOS

DR. JOSE ARCADIO SANCHEZ VALENCIA Y

LICDA. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ.

A. COBAR A.

SECRETARIO.