

52-A-2009.

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO: SAN SALVADOR, A LAS ONCE HORAS CON VEINTE MINUTOS DEL DÍA VEINTIDÓS DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIEZ.

Conocemos del Recurso de Apelación interpuesto por el Lic. MARCO ANTONIO GUEVARA ARÉVALO, como apoderado de la Sra. *****, conocida también como ***** y *****, mayor de edad, del domicilio de Montreal, Canadá, quien actúa como representante legal de sus hijas *****y de su hijo *****, todos de apellidos *****, contra la Interlocutoria proveída por el JUEZ CUARTO DE FAMILIA Interino de esta Ciudad, (cuyo nombre no aparece consignado en autos), en el PROCESO DE DIVORCIO por vida intolerable y pérdida de la autoridad parental, promovido por el impetrante, contra el Sr.*****, mayor de edad, del domicilio de Ciudad Delgado. Han intervenido a su vez la Licda. RAQUEL CABALLERO PINEDA, como apoderada de la Sra. *****y el Lic. ROMEO ALBERTO PORTILLO en su calidad de Procurador de Familia adscrito al juzgado a quo.

Se admite el presente recurso por reunir los requisitos de ley.

I. A fs. 302 consta la resolución que se impugna, en la cual se declaró sin lugar la nulidad alegada por el Lic. MARCO ANTONIO GUEVARA ARÉVALO, por considerar que la notificación de la resolución para comparecer a la audiencia preliminar, fue realizada en legal forma.

Inconforme con el anterior proveído, el Licenciado GUEVARA AREVALO, por escrito de fs. 305/308, interpuso el recurso que conocemos, en el que alegó en síntesis:

Que el recurso se fundamenta en la infracción de los Arts. 33, 35 y 36 L. Pr. F., ya que los actos de comunicación deben ser completos, en la persona correcta y en el lugar señalado por las partes. Que se ha declarado la finalización extraordinaria del proceso, aduciendo su inasistencia a la Audiencia preliminar supuestamente convocada, alegando que nunca fue citado, no obstante que a fs. 285 aparece la supuesta notificación, la cual señala de irregular, por lo que ha solicitado la nulidad de la audiencia preliminar, por calificar de injustificada su inasistencia a la misma y que ha traído como consecuencia, que vuelvan las cosas al estado en que se encontraban antes de la interposición de la demanda.

Refiere indignación por el reiterado retraso de la tramitación del proceso, a pesar de existir prueba suficiente para conceder la pretensión de pérdida de autoridad parental, inclusive de oficio de conformidad con el Art. 242 C.F; pues la certificación de la condena del demandado por el delito de violación en perjuicio de una de sus hijas, es más que suficiente para decretar el divorcio solicitado. Que la audiencia preliminar se ha frustrado reiteradamente por la imposibilidad de notificar al demandado, pero la parte actora ha comparecido a todas las citaciones a que se le ha convocado, por lo que no puede pensarse que ha existido falta de interés de su parte en la tramitación del proceso, ya que incluso en la última fecha señalada para audiencia, se apersonaron al juzgado donde se les manifestó que la audiencia se había suspendido por no haberse notificado al demandado, no expresándoles fecha alguna para su posterior realización y aún y cuando llegó en varias ocasiones a preguntar sobre la audiencia, nunca se le dio razón de la misma, sino que fue hasta que recibió la notificación del auto de fs. 289 que se dio por enterado de que la audiencia ya se había realizado.

Que si bien aparece que fue notificado al fax señalado por él para oír notificaciones, hay dos diferencias importantes con los demás actos de comunicación efectuados al mismo medio electrónico; una es que no aparece en el reporte electrónico el número telefónico al cual se hizo y la otra diferencia es que no aparece ningún nombre de la persona que haya recibido el reporte, situación que si aparece en el resto de comunicaciones efectuadas a ese mismo número de fax; que además existe duda razonable sobre la efectividad del envío, pues el juez interino resuelve que el acta del notificador señala que se hizo la notificación al último número de fax señalado, el veintidós veinticinco treinta y cuatro setenta y dos (2225-3472), el cual no corresponde, pues es el veintidós treinta y cinco treinta y cuatro setenta y dos (2235-3472), no existiendo certeza cuál fue el número de fax al que se envió el acto de comunicación; y si bien es cierto, el Secretario Notificador goza de fe pública, ello no lo inhibe de cometer errores; para el caso, bien pudo transmitirse a un número equivocado por cuanto en el reporte electrónico no consta el número al cual se envió.

Que conforme al Art. 35 L.Pr.F., la notificación es anulable, si se comprobare error sobre la identidad de la persona notificada, como sucede en el presente caso; y el Art. 36 inc. 2º L.Pr.F., establece que si las partes que han de estar presentes en la audiencia no han sido citadas, por lo menos tres días antes de la fecha señalada para su celebración, dicha audiencia no se llevará a cabo, bajo pena de nulidad, se hará otro señalamiento y se citará de nuevo a las partes.

Al no haberse efectuado la citación respectiva, ni antes ni después de los tres días que dice la ley, la audiencia preliminar no debió llevarse a cabo, bajo pena de nulidad.

Termina pidiendo se revoque el auto interlocutorio impugnado, se declare la nulidad del acto de comunicación de fs. 285 y su consecuencia directa, el acta de audiencia preliminar de fs. 289. Además que se ordene al a quo la continuación del proceso.

Se mandó a oír al Procurador de familia adscrito a dicho juzgado, Lic. ROMEO ALBERTO PORTILLO, quien mediante escrito de fs. 312, manifestó:

Que por la falta de notificación al demandado, ha habido retrasos en el proceso; que el aplazamiento de la audiencia preliminar en cuatro ocasiones, y que al final logra instalarse con un resultado desfavorable para la parte actora, afectando la pronta y cumplida justicia.

Que el caso ha sido de mucho sufrimiento para los niños, siendo los más perjudicados con la interlocutoria impugnada, por lo que comparte algunas de las opiniones del Lic. GUEVARA AREVALO, en cuanto a la existencia de duda sobre si el acto de comunicación se efectuó en el lugar preciso señalado y la persona que lo recibió, sin dudar de la fe pública del Secretario Notificador. Por ello, pide a este tribunal que se anule la interlocutoria y se ordene al a quo la celebración de la audiencia preliminar.

II. Así las cosas el objeto de la presente alzada se constriñe en determinar si es procedente revocar el decisorio que denegó la nulidad de la notificación realizada al impetrante o si por el contrario deberá confirmarse, por estar arreglada a derecho.

En el proceso de familia se admite la proposición de medios electrónicos para realizar los actos de comunicación; es decir que los procuradores de las partes pueden indicar que toda comunicación judicial, incluyendo las notificaciones se les hagan por el referido medio, tal como lo establece el Art. 33 L.Pr.F., el que en lo pertinente dispone: “El Juez podrá aceptar la proposición de formas especiales de notificación respecto de la parte solicitante, inclusive cualquier medio electrónico, en cuyo caso, el acto se tendrá por notificado transcurridas veinticuatro horas de su realización o envío”. (Subrayado nos pertenece).

Por su parte el Art. 35 L.Pr.F., establece los supuestos por los cuales una notificación es anulable, y en su literal a) dispone: “Si se comprobare error sobre la identidad de la persona notificada”; causal que es alegada por el Lic. GUEVARA AREVALO. Por otra parte, el Art. 36 inc. 2º L.Pr.F. señala que si las partes que han de estar presentes en la audiencia no han sido citadas, por lo menos tres días antes de la fecha señalada para su celebración, dicha audiencia no

se llevará a cabo, bajo pena de nulidad, se hará otro señalamiento y se citará de nuevo a las partes.

Finalmente, respecto de la declaratoria de nulidad, también debe referirse el Art. 1131 Pr.C., que establece: "Tampoco podrán cubrirse y deberán declararse de la manera prevenida en el artículo anterior, las nulidades que consistan en falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda, en incapacidad absoluta o ilegitimidad de las partes que han intervenido en el juicio (...).".

III. En el sub lite encontramos, que la resolución pronunciada a fs. 279, en la cual se señalaba nueva fecha para la realización de la audiencia preliminar -las nueve horas del día quince de julio de dos mil ocho-, les fue notificada a los Licenciados RAQUEL CABALLERO DE GUEVARA, MARCO ANTONIO GUEVARA AREVALO y a la señora ***** , según esquela de notificación de fs. 285; citándoseles –a la vez- para que comparecieran a dicha audiencia. Tal comunicación se verificó mediante el fax número veintidós treinta y cinco treinta y cuatro siete dos (2235-3472), a las quince horas con cinco minutos del día veinte de junio de dos mil ocho, medio electrónico propuesto por los apoderados de la demandante, según escrito de fs. 255, para recibir notificaciones.

Debemos señalar que dicho acto de comunicación –tal como lo sostiene el Lic. GUEVARA AREVALO-, contiene peculiaridades que merecen especial atención, puesto que al revisar los otros actos de comunicación que se le han realizado al referido profesional mediante el medio electrónico en referencia, se ha constatado que en el reporte de transmisión anexo al acta de notificación -de la cual se alegó su nulidad- no contiene el número al que se transmitió la notificación – o al menos no se identifica con claridad-, sino solamente se constata la hora y fecha en que se envió, distinto a los otros actos de notificación en los que se encuentra incorporado, en el referido reporte, el número al que se hizo el envío.

A su vez, se observa que en el acta se consignó la no confirmación de recibida la notificación, aduciendo “ser telefax directo”, siendo que en posteriores notificaciones realizadas a través del mismo medio señalado, sí se ha determinado su confirmación y el nombre de la persona que lo ha recibido; incluso en una anterior (ver fs. 277); razón por la cual a juicio de este Tribunal se genera incertidumbre sobre la correcta realización del acto de comunicación mencionado, al número que el impetrante señaló para tal efecto.

Con lo antes dicho, esta Cámara no pretende desconocer la fe pública de la que goza el Secretario Notificador como funcionario público -tal como lo refiere el a quo en su resolución de fs. 302- ya que aunque ésta da certeza de los actos y de la forma en que los realiza, ello no significa que la referida actividad procesal esté inhibida de ser controvertida por las partes, ante la detección de posibles equivocaciones o errores en el desempeño de sus funciones –y por ello los supuestos de nulidad-, puesto que el referido funcionario puede eventualmente cometer errores, ya que su actuar no siempre es infalible. En otros términos, los actos de comunicación que se realizan revisten la presunción de veracidad, por la fe pública de que gozan. Sin embargo, esas circunstancias no son absolutas, admiten prueba en contrario y exigen al notificador efectuar el acto con la debida diligencia y cuidado.

Que dada la trascendencia del acto y las consecuencias que acarrea un defectuoso o erróneo diligenciamiento de dicho acto procesal, consideramos que dichos vicios acarrearán inseguridad jurídica y perjuicio a la parte destinataria de dicho acto.

Por tal razón este tribunal considera que si bien es cierto, se consignó en el acta de notificación que se había notificado al Lic. GUEVARA AREVALO al último fax señalado por dicho profesional, el acto no ha producido la certeza jurídica irrefutable necesaria para tener por establecido tal acto procesal, puesto que el reporte de transmisión no refleja con claridad el número al que se envió, lo cual pone en duda la efectiva y certera realización del referido acto a través del medio electrónico indicado por la parte interesada. En ese sentido, es pertinente revocar la interlocutoria que declaró no haber lugar a la nulidad del dicho acto y declarar la referida nulidad, por cuanto no se percibe del material que obra en autos que éste se haya realizado correctamente y efectivamente; lo cual garantiza además el debido proceso y el Derecho de Defensa (Arts. 11 y 12 Cn.). Consecuentemente también se declarará la nulidad de los actos subsiguientes entre ellos la audiencia.

Además, por lo antes dicho resulta de trascendental importancia resaltar que la jueza titular, al declarar a fs. 289 que las cosas volvieron al estado en que se encontraban antes de la demanda, inobservó principios elementales del derecho de familia, pues además del divorcio se acumuló la pretensión de pérdida de la autoridad parental, y a tenor de lo previsto en el Art. 242 C.F., dicha pretensión puede ser tramitada aún de oficio por el juez, consecuentemente no procede la aplicación del Art. 111 Pr. F., que establece los efectos que produce la inasistencia a la

audiencia preliminar de la parte demandante; puesto que se trata de derechos indisponibles, lo cual no queda a disposición de los progenitores.

Consecuentemente debió continuarse la tramitación del proceso, ya que además la pretensión de divorcio aunque es dispositiva se fundamenta en el motivo 3° Art. 106 C.F. no pudiendo desvincularse de la causal que genera la pérdida de la autoridad parental, por lo que hacer volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la demanda vulnera los derechos de los hijos de la demandante. Lo anterior justifica aún más la declaratoria de nulidad del acto de comunicación antes aludido, pues dicha declaratoria trae como consecuencia la anulación de los actos posteriores que incluye la audiencia preliminar y así se declarará en esta instancia.

Es en base a las razones expuestas y con fundamento en los Arts. 11,12 Cn.; 1, 3 y19 C.D.N.; 4, 5, 8 C.F.; 3, 7 d), 35, 36, 153 lit. i), 156, 161 L.Pr.F.; 1115, 1130 y 1131 Pr. C., esta Cámara RESUELVE: A. Revócase la interlocutoria de fs. 302 que declaró sin lugar la nulidad de la notificación de fs. 285, en consecuencia declárase nula la notificación realizada al Lic. GUEVARA AREVALO y consecuentemente los actos posteriores que incluye la Audiencia Preliminar celebrada a fs. 289. B. Ordénase la reposición de la Audiencia Preliminar y continúese con el trámite de ley sin dilación alguna. Devuélvanse los autos al juzgado de origen con certificación de la presente. NOTIFIQUESE. PROVEIDA POR LOS MAGISTRADOS ----DR. JOSE ARCADIO SANCHEZ VALENCIA Y LICDA. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALE----A. COBAR. A----SECRETARIO.