

resolución por la ejecutada Isabel Amat Quispe, se expide el auto de vista contenido en la Resolución número diecinueve (cuatro-15C) del veintiocho de enero de dos mil quince (folios 145) la cual confirmó el auto final que declaró infundada la contradicción y ordenó llevar adelante la ejecución. Precisa en su parte considerativa lo siguiente: **i)** Si bien las resoluciones emitidas a partir de la Resolución número seis no han sido notificadas en la casilla postal del abogado de la demandada, no puede dejarse de apreciarse que ésta en forma oportuna apeló del auto final, el mismo que se le notificó en su domicilio indicado en el Documento Nacional de Identidad, al igual que las Resoluciones seis a la once, lo que evidencia una convalidación del vicio formal denunciado; **ii)** En el recurso de apelación no se ha cuestionado el fundamento principal que llevó a declarar infundada la contradicción en relación a no haberse acreditado el abuso del título valor incompleto, por el contrario, existió autorización para ser llenado en caso de incumplimiento, extremo que queda firme por el consentimiento tácito de la demandada apelante. **QUINTO.-** El Derecho Constitucional al Debido Proceso tipificado en la Constitución Política del Perú de mil novecientos noventa y tres establece, en el inciso 3 del artículo 139 lo siguiente: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3) La observancia del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional*”. En la sentencia número 0023-2005-AL/TC el Tribunal Constitucional refirió en el fundamento 43 que: “(...) los derechos fundamentales que componen el Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros)” y fundamento 48 que: “(...) este contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el Juez Natural, el procedimiento preestablecido, el Derecho de Defensa y la Motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”. **5.1.** Es así que la garantía al Debido Proceso implica también el administrar justicia de acuerdo a las normas procesales, porque en razón a su texto, son consideradas imperativas o de estricto cumplimiento, consecuentemente, está sancionada su omisión o cumplimiento deficiente con la respectiva declaración de nulidad, siendo ello así, es tarea de esta Suprema Sala revisar si se vulneraron o no las normas que establecen expresamente un determinado comportamiento procesal con carácter de obligatoriedad, en cuyo caso, debe disponerse la anulación del acto procesal viciado, careciendo de objeto el análisis de la infracción normativa sustantiva. **SEXTO.-** En tal sentido: “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, como derecho constitucional también contenido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, puede verse conculcado con aquellas decisiones o disposiciones legales que establezcan un obstáculo innecesario y excesivo, careciendo de razonabilidad respecto de la naturaleza del trámite del proceso y de los fines del mismo, resultando pertinente citar al jurista Augusto Morello cuando señala que: “según constante doctrina constitucional, el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva se configura fundamentalmente como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso sean resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables”<sup>1</sup>. **SÉTIMO.-** En el presente caso, es de verse que la ejecutada pretende que se declare la nulidad de todo lo actuado hasta el momento en que varió su domicilio procesal al haberse omitido notificar las resoluciones dictadas, violentándose su Derecho al Debido Proceso, a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y a la Defensa. **OCTAVO.-** Conforme fue reseñado por la Sala Superior, la ejecutada por escrito (folios 26), fijó su domicilio real en la Avenida Arias Aragués número 910 Distrito de Mariano Melgar, Provincia y Departamento de Arequipa y, como domicilio procesal en el Centro Comercial La Gran Vía Oficina número 237 ubicado en Calle Siglo XX número 120 del Cercado de Arequipa, asimismo, a partir de la Resolución número seis- dos mil catorce del veintiocho de enero de dos mil catorce (folio 68) se notificaron las actuaciones procesales en el domicilio real de la demandada señalado originalmente en la demanda y consignado en su Documento Nacional de Identidad (folio 25), esto es, Avenida Las Malvinas Manzana A, Lote 5, Pueblo Joven El Paraíso del Distrito de Paucarpata, Provincia y Departamento de Arequipa, no obstante, dicha parte ha impugnado oportunamente el auto final, evidenciando que tuvo conocimiento de las resoluciones que fueron diligenciadas al domicilio señalado en su Documento Nacional de Identidad, por lo que, no resulta suficiente alegar la nulidad de un acto procesal o el incumplimiento de alguna formalidad procesal sino acreditar el perjuicio con el acto cuestionado conforme lo exige el Principio de Trascendencia, condición que no ha sido satisfecha, puesto que la demandada al formular su recurso de apelación contra el auto final demostró conocer de su contenido, pese a que fue notificada en un domicilio distinto al fijado en su escrito (folios 26), alcanzando con ello el objeto de las notificaciones judiciales previsto en el artículo 155 del Código Procesal Civil, además, cabe acotar que la Tutela Jurisdiccional Efectiva no significa la obligación del órgano jurisdiccional de admitir la contradicción formulada o que admitida a trámite tenga necesariamente que declararse fundada la misma,

por consiguiente, al haberse desestimado la contradicción formulada, exponiendo claramente las razones jurídicas y fácticas que sustentan esta decisión y, siendo que la obligación contenida en el Pagaré es cierta, expresa y exigible, supuestos, que fueron analizados por las instancias de mérito, no se advierte vulneración al Debido Proceso, la Tutela Jurisdiccional Efectiva ni al Derecho a la Defensa. **NOVENO.-** De otro lado, corresponde mencionar que la recurrente no ha desvirtuado los argumentos expuestos por la Sala para desestimar la contradicción al mandato de ejecución, por consiguiente, al advertirse que el título valor materia de Ejecución fue aceptado por la demandada, la misma que autorizó a la entidad financiera a completar el Pagaré (tercer párrafo) en caso de incumplimiento de pago, además, siendo que el nombre de la obligada ha sido consignado partiendo por su apellido paterno, materno y luego el nombre, lo cual permite la plena identificación de la obligada y no genera duda alguna sobre el compromiso de pago asumido por la ejecutada, como así lo ha sostenido en su escrito de contradicción, las infracciones denunciadas deben ser desestimadas. **DÉCIMO.-** En tal orden de ideas, se aprecia que las instancias de mérito han emitido sus fallos consignando sus consideraciones de hecho y de derecho en forma ordenada y coherente, dando estricto cumplimiento al deber de salvaguardar el debido proceso contenido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil. **IV.- DECISIÓN:** Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo regulado en el artículo 397 del Código Procesal Civil **4.1.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada **Isabel Amat Quispe** (folios 155); **NO CASARON** el auto de vista contenido en la Resolución número diecinueve (cuatro – 15C) de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, (folios 145) expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. **4.2.- DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad, en los seguidos por Credisocia Financiera Sociedad Anónima contra Isabel Amat Quispe sobre Obligación de Dar Suma de Dinero; y *los devolvieron*. Integra esta Sala el Juez Supremo Señor De La Barra Barrera por licencia de la Jueza Suprema Señora Cabello Matamala. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo. S.S. MENDOZA RAMIREZ, ROMERO DÍAZ, MIRANDA MOLINA, YAYA ZUMAETA, DE LA BARRA BARRERA

<sup>1</sup> Morello Augusto. El Proceso Justo. Del Galantismo formal a la efectiva tutela de los derechos. Buenos Aires. Abeledo- Perrot SA 1994. Páginas 286-287  
**C-1569469-10**

#### CAS. Nº 1252-2015 LIMA NORTE

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR. **Sumilla.-** Se aprecia que, efectivamente, el Ad quem ha emitido un fallo extra petita, al otorgar a la demandada (madre del menor) la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso. Lima, cuatro de mayo de dos mil dieciséis. **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:** Vista la causa número mil doscientos cincuenta y dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la presente sentencia. **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, que declaró infundada la demanda interpuesta y fija el régimen de visitas a favor de Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes, respecto a su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; y la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro es quien debe tener al menor, disponiendo que el demandante le entregue al menor dentro del tercer día de notificado con la sentencia; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta del presente cuadernillo, de fecha trece de julio de dos mil quince, ha estimado procedente el recurso de casación referido por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material. El recurrente denuncia: **A) Indebida aplicación de los artículos 418 y 423 inciso 5 del Código Civil:** Señala que si bien el artículo 418 del Código Civil define la patria potestad como el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo que es distinto a la pretensión demandada que es el derecho a la tenencia y custodia del menor, el Ad quem no ha tomado en cuenta la opinión del menor expresada en la audiencia complementaria de fecha diez de julio de dos mil trece; **B) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes:** Norma que regula la tenencia del niño y del adolescente, puesto que la Sala Superior no ha considerado el extremo de la citada norma en cuanto dispone que se determine la tenencia tomando en consideración el parecer del menor, por cuanto, a lo largo de la declaración de éste, ha hecho alusión, de que quiere quedarse bajo la custodia de su padre. Ello se debe a

que, como se encuentra acreditado en autos, la madre abandonó a su menor hijo para irse a vivir con una tercera persona, hecho que no ha sido desacreditado a lo largo del proceso; **C) Infracción normativa del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú:** Alega que la sentencia de vista ha perjudicado su derecho en beneficio de la demandada, máxime si ella no apeló la sentencia. La doctrina nacional e internacional es unánime al prescribir que no se puede reformar la sentencia de manera peyorativa para la única parte apelante, es decir, el *Ad quem* ha incurrido en *reformatus in peius*, la Sala Superior sólo pudo reformar la sentencia a favor del recurrente y no en contra como ha ocurrido en el presente caso, al haber concedido la tenencia de su menor hijo a la parte demandada. De la simple lectura del proceso se puede constatar que la demandada se limitó a solicitar la tenencia compartida, por ende, al otorgársele la tenencia total de su menor hijo, el recurrente alega encontrarse frente a un fallo *extra petita*, pues la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando pretensiones que no han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorgan conceptos o derechos que no forman parte del petitorio de la misma y menos, se fijó como punto controvertido la tenencia a favor de la parte contraria. El fundamento central para sancionar el fallo *extra petita* en nuestro sistema procesal radica en que constituye éste una infracción al debido proceso contemplado en la norma antes citada. **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine* es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que a fojas diecisiete Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes interpone demanda contra Olga Sayas Toro solicitando que se le otorgue la tenencia y custodia del menor hijo de ambos Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas. Como fundamentos de su demanda sostiene que contrajo matrimonio con la demandada el dieciocho de noviembre de dos mil, ante la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho, procreando al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, quien se encuentra viviendo con el demandante; con fecha uno de noviembre de dos mil doce, su esposa (demandada) hizo abandono de hogar, puesto que se involucró sentimentalmente con otra persona, dejando al menor en su poder, motivo por el cual el recurrente se encarga de su cuidado, sin que la madre tenga participación alguna. Existe incertidumbre respecto a la tenencia del menor, ya que la demandada podría arrebatarárselo, lo que pondría en peligro su integridad física y psicológica. Que, por existir discrepancia y falta de acuerdo en cuanto a cuál de los padres debe ejercer la tenencia del menor es que interpone la demanda con el fin de que el juzgado determine el mejor derecho de uno de los progenitores. **SEGUNDO.-** Tramitada la demanda según su naturaleza, el *A quo*, mediante sentencia de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, declara infundada la demanda; fija a favor del demandante un régimen de visitas, el cual deberá efectuarse los días martes y jueves desde las cuatro de la tarde hasta las seis de la noche, en el hogar materno sin externamiento; y el primer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al día siguiente (domingo) al hogar materno a las seis de la tarde; asimismo, el tercer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al hogar materno al día siguiente (domingo) a las seis de la tarde. Como fundamentos de su decisión sostiene que si bien ambos progenitores no se encuentran incapacitados para ejercer la tenencia del menor; sin embargo, siendo relevante crear seguridad al menor, así como brindarle un hogar en el cual no se le manifieste la negatividad del progenitor ausente, sino por el contrario, coadyuvar al mejoramiento de las relaciones parentales; siendo ello así, estando a que de las pruebas se desprende que el menor estaría siendo influenciado en forma negativa contra la progenitora, corresponde cambiar el ambiente del mismo, y que si bien el demandante señala que la demandada mantiene una relación con una tercera persona con conductas negativas, sin embargo, del informe social no se advierte que dicha persona conviva con la demandada; más aún, la accionada ha señalado en su declaración de parte estar arrepentida de dicha relación, reclamando sólo a su hijo. **TERCERO.-** Apelada la mencionada sentencia, la Sala Revisora, mediante sentencia de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, la confirma y, además, la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro sea quien tenga al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; en consecuencia, dispone que el demandante entregue al mismo dentro del tercer día de notificado con la sentencia; bajo apercibimiento de ejecución forzada. Como sustento de su decisión manifiesta que en virtud a los informes sociales practicados en las viviendas, tanto del demandante como de la demandada, así como también por los informes psicológicos practicados en ambos y en el menor, concuerdan con la Juez de la causa en el sentido que las conductas de aquéllos no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del menor, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos. De manera singular, se descarta que la demandada haya tenido -o tenga- conducta negativa para el menor. La denuncia policial de "abandono de hogar" interpuesta por el demandante queda enervada con las denuncias y actuaciones policiales y judiciales interpuestas en su contra por la demandada. Estas revelan que la agredió físicamente en repetidas ocasiones, dando lugar a su retiro

del hogar conyugal. Para definir la controversia, si bien se debe tomar en cuenta la opinión del niño, como dispone la ley, en el caso de autos ello no debe ser determinante, por cuanto, en la audiencia respectiva el menor ha señalado "(...) *mi papá me ha dicho que diga que me quiero quedar con él (...)*", lo que refleja que -dada su capacidad limitada de discernimiento- ha sido influenciado por su padre (demandante). En tal contexto, en aplicación del principio del interés superior del niño invocado, al no existir una situación negativa para que la demandada tenga a su menor hijo, y aún cuando ella no ha formulado reconvencción en ese sentido, pero que al contestar la demanda ha expresado dicho interés, lo que ha sido sometido al contradictorio, en aplicación del principio de flexibilización del principio de congruencia en asuntos de derecho de familia establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Tercer Pleno Casatorio Civil, integrando la sentencia por omisión, se debe decidir porque la tenencia del menor sea ejercida por la demandada. El ejercicio de ese derecho debe ser facilitando el contacto físico y moral permanente del menor con su padre, conforme al régimen de visitas establecido en la apelada. **CUARTO.-** Conforme se ha anotado precedentemente, el recurso de casación ha sido declarado procedente por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material, debiendo absolverse, en primer lugar, las denuncias de carácter procesal, de modo que si se declara fundado el recurso por esta causal deberá verificarse el reenvío, no teniendo objeto, en tal caso, el pronunciamiento respecto a la causal sustantiva. **QUINTO.-** En tal sentido, en su denuncia de carácter procesal contenida en el apartado **C)** el recurrente alega que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, por cuanto la sentencia de vista contiene un fallo *extra petita*. Al respecto, debe indicarse que estaremos ante un fallo de tal cualidad cuando el órgano jurisdiccional otorga un derecho que no había sido solicitado en la demanda. En el caso *sub examine*, el demandante Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes solicitó en su demanda que se le otorgue la tenencia y custodia de su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, a fin de ejercerla en forma exclusiva. Luego, efectuado el emplazamiento de ley a la demandada, ésta en su escrito de fojas ochenta y uno, no reconvino solicitando ser ella quien ejerza la tenencia exclusiva; sin embargo, manifestó que ésta imposibilidad de ponerse de acuerdo con el demandante, se dictara un régimen de tenencia compartida. Por consiguiente, se aprecia que, efectivamente, el *Ad quem* ha emitido un fallo *extra petita*, al otorgar a la demandada la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso. **SEXTO.-** Sobre el particular debe anotarse que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; más aún, si se tiene en cuenta que el propio *Ad quem* ha determinado en la recurrida que las conductas de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos. **SÉTIMO.-** En consecuencia, se verifica la denuncia de vulneración del derecho al debido proceso del recurrente, en los términos antes descritos, lo cual conlleva la nulidad de la sentencia recurrida, en atención a lo dispuesto por el artículo 396, inciso 1 del Código Procesal Civil, correspondiendo al *Ad quem* renovar el acto procesal viciado, es decir, emitir nueva sentencia, de conformidad con las consideraciones previamente vertidas. Cabe agregar que, en atención a lo establecido en el considerando cuarto de la presente resolución carece de objeto pronunciarse sobre la denuncia de contenido material. Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho; por consiguiente, **CASARON**, la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; en consecuencia, **NULA** la misma; **ORDENARON** a la Sala Superior de su procedencia emita nueva sentencia, con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y *los devolvieron*. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo. S.S. MENDOZA RAMÍREZ, ROMERO DÍAZ, CABELLO MATAMALA, MIRANDA MOLINA, YAYA ZUMAETA **C-1569469-11**

**CAS. Nº 1394-2015 LIMA NORTE**

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO. Sumilla:** La sentencia de vista no adolece de vicio alguno que amerite su nulidad, pues se ha dejado plenamente acreditado que el actuar del recurrente deviene en ilícito por cuanto del escrito de oposición como del recurso de apelación -los cuales constituyen declaraciones asimiladas- éste tendría conocimiento del proceso de Obligación de Dar Suma de Dinero, en el cual el Juez de la causa adjudicó el inmueble a la actora con fecha anterior a la adquisición del bien, por su parte. Lima, veinte de julio de dos mil dieciséis. **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número mil trescientos noventa y