



CAUSA N° 2005-865-AREQUIPA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

PRIMERA SALA CIVIL

FERNANDO HERRERA VERGARA

LIDIA CECILIA HUAMÁN GUTIÉRREZ

DIVORCIO POR CAUSAL

3JF – AGUILAR HERMOZA

CAUSA N° 2005-865-00-FA-1SC

SENTENCIA DE VISTA N° 221

RESOLUCIÓN N° 24 (DOS-1SC)

Arequipa, veinticinco de marzo de dos mil ocho.

**VISTOS:** En audiencia privada, es materia de consulta la sentencia número quinientos noventa y siete – dos mil siete – 3JEF, del doce de setiembre del dos mil siete, de fojas ciento cuarenta y siete a ciento cincuenta y tres, que declaró fundada la demanda de fojas ocho a catorce, subsanada a fojas veintiuno a veintiocho, interpuesta por Fernando Arturo Herrera Vergara sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en contra de Lidia Cecilia Huamán Gutiérrez y el Ministerio Público; en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial, fenecido el régimen de sociedad de gananciales; cese de la obligación alimentaria entre ex cónyuges; pérdida del derecho de heredar entre sí; dispuso que en cuanto a los alimentos del menor continúe asistiendo el padre; confió la tenencia y custodia del menor a su madre quien deberá reforzar la alimentación del niño; estableció régimen de visitas a favor del padre; fijó en la cantidad única de ciento cincuenta nuevos soles a favor de la demandada sin costas ni costos. Habiéndose llevado a cabo la vista de la causa conforme aparece de la constancia que obra en autos.

CONSIDERANDO:

**PRIMERO: MARCO NORMATIVO:**

1.1. El artículo 359 del Código Civil modificado por la Ley veintiocho mil trescientos ochenta y cuatro, que señala que “Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, será consultada”.

1.2. El artículo 348 del Código Civil señala que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial.

1.3. El artículo 349 del Código Civil en concordancia con el inciso 12 del artículo 333 del mismo Código, prescribe que constituye causal de divorcio la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de cuatro años si los hijos son menores de edad.

1.4. Las consecuencias del divorcio como son: cese de la obligación alimentaria entre marido y mujer; pérdida del derecho a heredar, previstos en los artículos 350 y 353 del Código Civil.

1.5. La demanda de divorcio se tramita como proceso de conocimiento, siendo el Ministerio Público parte en este, conforme lo previsto por los artículos 480 y 481 del Código Procesal Civil.

1.6. Deben acumularse a la pretensión principal de divorcio las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de



bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectados como consecuencia de la pretensión principal, salvo que hubiera decisión judicial [tal como] establece el artículo 483 del Código Procesal Civil.

1.7. El artículo 345-A del Código Civil establece que para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

1.8. La patria potestad se extingue o pierde: a) Por muerte de los padres o del hijo; b) Por que el adolescente adquiere la mayoría de edad; c) Por declaración judicial de abandono; d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de estos; e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo 75; y, f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al artículo 46 del Código Civil, previsto por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes.

## **SEGUNDO: MARCO FÁCTICO:**

2.1. En el caso de autos, aparece de las constancias de fojas ciento cincuenta y cuatro, ciento cincuenta y cinco y ciento cincuenta y seis, de fecha diecinueve de setiembre del dos mil siete, que las partes fueron notificadas con la sentencia número quinientos noventa y siete – dos mil siete – 3JEF, que declaró fundada la demanda sobre divorcio por causal de separación de hecho por más de cuatro años, no habiendo interpuesto ninguno de ellos recurso de apelación; en consecuencia es procedente elevarse los autos en consulta.

## **TERCERO: VALORACIÓN:** Este colegiado estima que:

3.1. La consulta es un instrumento procesal de control de resoluciones judiciales por el cual la instancia superior conoce en ciertos casos expresamente contemplados por ley lo resuelto por el inferior jerárquico, que no ha sido objeto de impugnación por parte de los justiciables o sus representantes; estando dirigida a desterrar la posibilidad del error judicial, que resultaría significativa si la cuestión litigiosa se debatiera en una sola instancia y producir indefensión u otra situación grave para los intereses de alguna de las partes.

3.2. El acta de matrimonio número 112131, de fojas dos, acredita que el demandante Fernando Arturo Herrera Vergara contrajo matrimonio civil con la demandada Lidia Cecilia Huamán Gutiérrez el treinta de agosto de mil novecientos noventa y siete.

3.3. Que, conforme se desprende del petitorio de la demanda de fojas ocho a catorce, subsanada a fojas veintiuno [a] veintiocho, se interpone demanda de divorcio por la causal de separación de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos a efecto de que se declare la disolución definitiva del vínculo matrimonial entre Fernando Arturo Herrera Vergara y Lidia Cecilia Huamán Gutiérrez; asimismo y en forma accesoria se pretende el reconocimiento de tenencia y cuidado del menor Luis Fernando Herrera Huamán, privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y señalamiento de indemnización de daños y perjuicios en la suma de S/. 200.00 a favor del demandante.

3.4. El procedimiento se ha llevado regularmente, respetando todas las disposiciones que al respecto emanan del Código Procesal Civil, emplazando a la demandada válidamente quien contestó la demanda a fojas cincuenta y tres, citando al Ministerio Público quien fue declarado rebelde mediante resolución de fojas sesenta y dos, saneado el proceso a fojas sesenta y siete, realizada la audiencia de conciliación a fojas setenta y uno, de pruebas a folios noventa y tres, actuándose en ellas los medios probatorios ofrecidos por las partes, con lo que se ha garantizado el derecho de petición y de defensa de estas.

3.5. En autos se tiene acreditada la separación de hecho por un periodo ininterrumpido de más de cuatro años con: a) la copia certificada de fecha veinticinco de febrero del dos mil cuatro, de la cual se desprende que el demandante domicilia en la calle Domingo Sarmiento número



doscientos ocho, Alto Selva Alegre, desde hace cuatro años, b) la contestación de demanda efectuada por Lidia Cecilia Huamán (fundamento de hecho 2.4.) de la cual se advierte que el demandante hizo abandono del hogar con fecha veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, por lo que se concluye que desde el año mil novecientos noventa y nueve los cónyuges se encuentran separados ininterrumpidamente.

3.6. Con el recibo copiado a fojas veinte y legalizado a fojas treinta y cuatro, se tiene acreditado el cumplimiento del pago de la obligación alimenticia.

3.7. De la tenencia y cuidado del menor Luis Fernando Herrera Huamán por el principio del interés superior del niño debe continuar la tenencia ejercida por la demandada, por lo que este extremo deberá ser aprobado.

3.8. Con relación a la privación de la patria potestad, estando a que no se encuentra dentro de las causales previstas por el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes, no corresponde la pérdida de la patria potestad.

3.9. Del régimen de visitas, como un derecho y deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos y viceversa, corresponde su aprobación.

3.10. Con relación a la sociedad de gananciales no cabe emitir pronunciamiento puesto que conforme es de verse del registro de predios de fojas diecisiete y certificado negativo de fojas dieciocho, los cónyuges no obtuvieron bienes durante la vigencia del matrimonio, fenecida la misma.

3.11. Ahora bien, con relación al cese de pensión de alimentos entre los cónyuges fijada en la sentencia consultada, es preciso señalar que los alimentos de la cónyuge ya fueron determinados por sentencia, fijados en el treinta por ciento del haber que percibe el demandante, tanto a favor de la demandada como de su menor hijo (expediente mil doscientos treinta – dos mil uno, conforme a lo referido por el demandante en la demanda fundamento dos - folios veintitrés).

3.12. Por tanto, siendo así, no cabe emitir pronunciamiento respecto a los alimentos de la cónyuge, máxime si se tiene en cuenta que el divorcio por la causal de separación de hecho tiene la finalidad de solucionar un problema real que conlleva a la ruptura de vínculo matrimonial, este no se orienta a determinar la culpa de uno de los cónyuges, razón por la cual no le es aplicable la regla del cese de la obligación alimenticia prevista en el artículo 350 del Código Civil, pues, con ello se compensa la facilidad a la disolución del vínculo matrimonial, evitando que la causal sea una forma de evasión de las obligaciones que correspondan al actor y se convierta en una fórmula perjudicial para la contraparte que resulta en desventaja, más aún que en el caso de autos la pensión a favor de la demandada ha sido establecida anteriormente, mediante resolución judicial (sentencia), por lo que este extremo debe ser desaprobado y declarado insubsistente, conforme lo establecido en la Casación número dos mil ochocientos veintiuno – dos mil tres expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema con fecha veintidós de noviembre del dos mil cuatro, dejándose a salvo el derecho de la parte, para que, en todo caso lo haga valer en el proceso de alimentos respectivo.

3.13. Con relación a la indemnización, al respecto se tiene que la demandada si bien es cierto no ha interpuesto reconvencción por dicha pretensión; sin embargo, al contestar la demanda a foja cincuenta y tres, en el acápite 3.6 expresamente indica que ella es la cónyuge perjudicada y debe indemnizársele por los daños y perjuicios que se le han causado, habiendo sido considerado como punto controvertido, siendo que a fojas cuarenta y cinco obra la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial del demandante, con lo cual se acredita la verdad de los hechos sostenidos por la demandada respecto a la causa de la separación.

3.14. Siendo esto así, resulta evidente que el actor ha incumplido su deber de fidelidad previsto por el artículo 288 del Código Civil al mantener una relación extramarital con tercera persona cuando aún no se había disuelto el vínculo matrimonial, perjudicando a la demandante, en ese sentido, la conducta del demandado ha ocasionado un daño moral al haber atentado o



menoscabado los sentimientos de la demandada Cecilia Huamán Gutiérrez, resultando plenamente aplicable lo previsto por el artículo 345-A del Código Civil.

3.15. Por tal haber, el a quo merituando en forma conjunta y razonada la prueba actuada y expedido sentencia debidamente fundamentada declarando fundada la demanda, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial, encontrándose expedida la sentencia de acuerdo a ley y a lo actuado en el proceso.

Por lo que: **APROBARON** LA SENTENCIA CONSULTADA, SENTENCIA NÚMERO QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE – DOS MIL SIETE – 3JEF, del doce de setiembre del dos mil siete, de fojas ciento cuarenta y siete a ciento cincuenta y tres, que declaró **FUNDADA LA DEMANDA** de fojas ocho a catorce, subsanada a fojas veintiuno a veintiocho, interpuesta por Fernando Arturo Herrera Vergara sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en contra de Lidia Cecilia Huamán Gutiérrez y Ministerio Público; en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial, con lo demás que contiene; y, **DESAPROBARON** esta en el extremo que resuelve declarar el cese de la obligación alimentaria entre los ex cónyuges reformándola **DECLARARON:**

**INSUBSISTENTE** dicho extremo, dejando [a] salvo el derecho del actor para que lo haga valer en el proceso de cobro de alimentos respectivos; en los seguidos por Fernando Arturo Herrera Vergara en contra de Lidia Cecilia Huamán Gutiérrez y el Ministerio Público sobre divorcio por causal; y, los devolvieron al ponente: Señor Bustamante Zegarra.

SS.

Carreón Romero

Bustamante Zegarra

Zamalloa CamPero