



FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

MATERIA DE LOS EXPEDIENTES:

- Divorcio por Causal
- Acción Contenciosa Administrativa

NÚMERO DEL EXPEDIENTE CIVIL:

- 00805-2014-0-0401-JR-FC-04

NÚMERO DEL EXPEDIENTE ESPECIAL:

- 03776-2015-0-0401-JR-LA-03

Informe presentado por la Bachiller en Derecho:

BELÉN PATRICIA GUZMÁN MELGAR

Para optar por el título profesional de ABOGADO

Arequipa, 2022

ÍNDICE

ÍNDICE	2
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
A. CAPÍTULO I: EXPEDIENTE CIVIL	6
1.1 ANTECEDENTES.	6
1.1.1 EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS.	6
1.1.1.1 ETAPA POSTULATORIA.	6
1.1.1.2 ETAPA PROBATORIA.	14
1.1.1.3 ETAPA DECISORIA.	16
1.1.1.4 ETAPA IMPUGNATORIA.	16
1.1.2 IDENTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE ORDEN PROCESAL, SUSTANTIVO Y FÁCTICO PROBATORIO.	20
1.1.2.1 PROBLEMAS JURÍDICOS DE ORDEN PROCESAL.	20
1.1.2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS DE ORDEN SUSTANTIVO.	20
1.1.2.3 PROBLEMAS DE ORDEN FÁCTICO PROBATORIO.	21
1.2 ANÁLISIS JURÍDICO.	21
1.2.1 ANÁLISIS DE ORDEN PROCESAL.	21
1.2.1.1 ETAPA POSTULATORIA.	21
1.2.1.2 ETAPA PROBATORIA.	26
1.2.1.3 ETAPA DECISORIA.	26
1.2.1.4 ETAPA IMPUGNATORIA.	27
1.2.2 ANÁLISIS DE ORDEN SUSTANTIVO.	28
1.2.2.1 DIVORCIO.	28
1.2.2.2 CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES.	31
1.2.2.3 INDEMNIZACIÓN POR SEPARACIÓN DE HECHO.	32
B. CAPÍTULO II: EXPEDIENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (ESPECIAL)	33
2.1 ANTECEDENTES.	33
2.1.1 EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS.	34
2.1.1.1 ETAPA POSTULATORIA.	34
2.1.1.2 ETAPA PROBATORIA.	38
2.1.1.3 ETAPA DECISORIA.	39
2.1.1.4 ETAPA IMPUGNATORIA.	39
2.1.2 IDENTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE ORDEN PROCESAL, SUSTANTIVO Y FÁCTICO PROBATORIO.	41

2.1.2.1	PROBLEMAS JURÍDICOS DE ORDEN PROCESAL.	41
2.1.2.2	PROBLEMAS JURÍDICOS DE ORDEN SUSTANTIVO.	42
2.1.2.3	PROBLEMAS DE ORDEN FÁCTICO PROBATORIO.	42
2.2	ANÁLISIS JURÍDICO.	42
2.2.1	ANÁLISIS DE ORDEN PROCESAL.	42
2.2.1.1	ETAPA POSTULATORIA.	42
2.2.1.2	ETAPA PROBATORIA.	44
2.2.1.3	ETAPA DECISORIA.	45
2.2.1.4	ETAPA IMPUGNATORIA.	46
2.2.2	ANÁLISIS DE ORDEN SUSTANTIVO.	48
2.2.2.1	. REMUNERACIÓN	48
2.2.2.2	. NORMAS AUTO APLICATIVAS	49
2.2.2.3	. PRINCIPIOS PRO HOMINE Y PRO CTIONE	50
3	CONCLUSIONES.	51
3.1	CONCLUSIONES DEL EXPEDIENTE CIVIL.	51
3.2	CONCLUSIONES DEL EXPEDIENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	52
4	BIBLIOGRAFÍA.	52

RESUMEN

El presente informe tiene como finalidad el análisis jurídico de dos expedientes judiciales, uno de materia civil, especialidad familia y el otro de materia contencioso administrativo, especialidad laboral. El enfoque a analizar será desde el punto procesal y sustantivo, teniendo en consideración cada especialidad, ello en aras de identificar deficiencias y/o puntos claves de los procesos llevados a cabo en la vía de conocimiento y especial. Las materias a tratar serán divorcio por causal y acción contenciosa administrativa, las cuales serán desarrolladas en base a la jurisprudencia y doctrina conocida.

El primer caso materia de análisis, se llevó a cabo bajo el expediente 00805-2014-0-0401-JR-FC-04; la demanda fue presentada por Evaristo Barrionuevo Vera en contra de Guillermina Andía Huamán. La pretensión principal es la de divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges y las accesorias corresponden a la de cese de la obligación de pensión de alimentos con respecto a la demandada; reducción de alimentos, tenencia, patria potestad, régimen de visitas con respecto al hijo de ambos e indemnización. La demanda fue presentada ante el Juzgado Especializado en Familia Civil por la vía procedimental de conocimiento.

El segundo caso, se llevó a cabo bajo el expediente 03776-2015-0-0401-JR-LA-03; la demanda fue presentada por Anastacia Guadalupe Ticona Herrera en contra de la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa con emplazamiento al Procurador público del Gobierno Regional de Arequipa. El petitorio de la demanda versa sobre el pedido de ordenar a la UGEL Arequipa Sur a cumplir con emitir una resolución directoral en la que se reconozca la percepción del incremento salarial a la demandante. La demanda fue presentada ante el Juzgado Especializado en lo Laboral por la vía procedimental especial.

INTRODUCCIÓN

El primer expediente elegido aborda un tema que podría definirse como frecuente debido a que, en los últimos años, ha aumentado grandemente el índice de divorcios. Sin embargo, es necesario darle relevancia puesto que, son procesos que tienen como consecuencia afectaciones, en la mayoría de los casos, hacia los menores que se ven involucrados.

Con respecto al segundo expediente, cabe resaltar que se llevó a cabo bajo un decreto legislativo que ha sido derogado en el año 2019 por lo que, su análisis refiere además una comparación y sugerencias en torno a la presentación de la demanda, teniendo como referencia las modificaciones que ha sufrido el proceso contencioso administrativo.

Así mismo, adentrándonos más en el análisis procesal y sustantivo, ambas materias suponen un constante estudio que implican modificaciones, todo en búsqueda de habilitar cada vez más las vías que permitan agilizar los procesos y velar por la protección de la familia y los trabajadores.

El expediente que aborda el divorcio por causal de separación de hecho de los cónyuges es atípico - en mi opinión - debido a que, quien realiza el abandono del hogar es la demandada, así mismo el proceso se centra en la indemnización que corresponde a la causal pretendida, tanto el demandante como la demandada, quien presentó una reconvenición, tienen dicha finalidad. El proceso es perseguido hasta casación, dejando en evidencia claros vacíos e imprecisiones con respecto a la determinación del cónyuge más perjudicado en la separación de hecho.

El expediente sobre acción contenciosa administrativa laboral, es muy relevante, debido a que considera dos elementos muy importantes con respecto a los docentes, sus remuneraciones no reconocidas a lo largo de los años, lo cual conllevaba a que pudieran continuar o mejorar sus aportes al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI). La demandante busca que la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Sur, le reconozca este beneficio que obtuvo por medio del Decreto Ley N° 25891. El proceso es perseguido hasta casación, donde finalmente declaran fundado el petitorio de la demandada, dejando en evidencia el claro incumplimiento del deber obligatorio para con los docentes.

A. CAPÍTULO I: EXPEDIENTE CIVIL

1.1 ANTECEDENTES.

Expediente:	N° 00805-2014-0-0401-JR-FC-04
Materia:	Divorcio por causal
Vía procedimental	Conocimiento
Demandante:	Evaristo Barrionuevo Vera
Demandado:	Guillermina Andía Huamán

1.1.1 EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS.

1.1.1.1 ETAPA POSTULATORIA.

A. INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA:

Con fecha 27 de febrero del 2014, Evaristo Barrionuevo Vera, en adelante el demandante, interpuso una demanda de divorcio por causal ante el Juzgado Especializado en Familia – Sede Cercado, en contra de Guillermina Andía Huamán, en adelante la demandada. Así mismo, se realiza el debido traslado al Ministerio Público.

a. PETITORIO:

La pretensión principal es la disolución del vínculo matrimonial contenido en a Partida de Matrimonio N° 00196505 que el demandante celebró con la demandada el 12 de febrero del año 2009 ante la Municipalidad Distrital de la Villa de Cayma, bajo la causal de separación de hecho de los cónyuges, solicitando así que, el juez, le ponga fin a los derechos, deberes y obligaciones derivados del matrimonio.

Las pretensiones accesorias interpuestas fueron las siguientes:

– Cese de la obligación de pensión de alimentos que percibía la demandada equivalente al 30%, proceso que se sigue ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Yanahuara, bajo el número de expediente 2007-00178-0-040123-JZ-FA-01.

- Reducción del 30% de la pensión de alimentos que el demandante estaba obligado a brindar a favor Gian Carlos Barrionuevo Andia, en adelante el menor, proceso de alimentos que se lleva a cabo bajo el expediente mencionado en el punto anterior.
- Respecto a la tenencia del menor, el demandante solicita que este deberá seguir a lado de su madre.
- Respecto a la patria potestad del menor, deberán conservarla ambos padres.
- Respecto al régimen de visitas, el demandante solicita que se le autorice visitar al menor los días domingos desde las 08:00 horas hasta 17:00 horas.
- Respecto a la separación de bienes, el demandante señala que no existen bienes en común con la demandada, por lo que, indica no ser necesario pronunciamiento respecto.
- Respecto a indemnización que corresponde al cónyuge perjudicado, el demandante solicita que la demandada deberá resarcir con la suma de S/ 30,000.00 (TREINTA MIL CON 00/100 SOLES).

b. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Evaristo Barrionuevo Vera señala que, él y su aún cónyuge Guillermina Andia Huamán, contrajeron matrimonio civil ante la Municipalidad Distrital de Cayma el 12 de diciembre de 1998. Producto de dicha unión procrearon un hijo de nombre Gian Carlos Barrionuevo Andia que, a la fecha de la interposición de la demanda, tenía 16 años y 6 meses.

El demandante señala que con fecha 10 de febrero de 2009, la demandada se retiró de forma voluntaria del hogar conyugal conjuntamente con sus tres hijos mayores, fruto de un compromiso anterior, y del hijo en común que tiene con el demandante. La demandante llevó consigo todas las pertenencias que correspondían a su persona y a la de sus hijos las cuales mantenían en el domicilio donde hacían vida conyugal con el demandante, ubicado en el Programa Habitacional Alto Cayma III – Deán Valdivia Manzana 13 Lote 8, del distrito de Cayma, provincia y departamento de Arequipa.

Queda entendido entonces que, a partir de dicha fecha, los cónyuges ya no compartían el lecho matrimonial, ni el mismo hogar conyugal; por lo que, no existía ya vida en común entre ambos. Siendo que, desde la fecha indicada anteriormente por el demandado, hasta la interposición de la demanda, se encuentran separados de forma ininterrumpida, promediando un plazo de aproximadamente cinco años que no mantiene relación alguna con la demandada.

Así mismo, el demandante declara que, la demandada vendió el inmueble de su propiedad a pesar de que este lo adquirió antes de contraer matrimonio con la misma. Posterior a la venta de dicha propiedad, la demandada juntamente con sus hijos, empezó a vivir en el inmueble ubicado en la Urbanización Fundo La Quebrada Manzana E Lote 4, del distrito de Cerro Colorado, provincia y departamento de Arequipa, tal y como consta en el Certificado de Inscripción (C4) de la demandada.

De igual forma el demandado, dando a entender que, dicho inmueble que habría vendido la demandada era el hogar conyugal; al ya no ser de su propiedad y sin tener lugar donde vivir, procedió a mudarse al inmueble de propiedad de su padre, ubicado en la Urbanización 12 de octubre Manzana B Lote 10, del distrito de Cerro Colorado, provincia y departamento de Arequipa. El demandante acredita su domicilio con el recibo de luz a nombre de su padre.

c. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LAS PRETENSIONES ACCESORIAS.

Con respecto al cese de la obligación alimentaria a favor de la demandada, se indica que el Primer Juzgado de Paz Letrado de Yanahuara, de los seguidos en el expediente 2007-00178-0-040126-JZ-FA-01, viene efectuando un descuento del 60% de su pensión de jubilado, disponiendo distribuir el 30% para su hijo y 30% para la demandada. Es así que, solita cesar el descuento del 30% que recibe la demandada, toda vez que, el ingreso de jubilado ha disminuido sustancialmente, debido a una serie de gastos personales, tales como alquiler del cuarto de Concepción Barrionuevo, padre del demandante, el cual asciende a S/ 200.00 (DOSCIENTOS CON 00/100 SOLES) mensuales, ello en cumplimiento al Acta de Conciliación N° 183-2013. A ello le suma los servicios de luz, agua, alimentos, atención médica, ropa, entre otros gastos de primera necesidad. Además de los cuidados respectivos que brinda a su padre, quien es un adulto mayor (83) viudo, quien padece de una serie de enfermedades crónicas por su avanzada edad, por lo que, está en peligro su subsistencia.

Sobre el otro 30% de pensión de alimentos que corresponde al menor, el demandante indica que este no debería percibirlo ya que, debería trabajar por contar con alrededor de 17 años de edad, pero sin embargo está dispuesto a reconocerle el porcentaje antes mencionado conforme se tiene ordenado en el Expediente N° 2007-00178-0-040126-JZ-FA-01.

Sobre la tenencia del menor, el demandante señala que no mantiene relación desde la separación y, en sus propias palabras expresa que, sería inútil exigir tenencia a favor suyo puesto que, presume que el menor, por consejos de la demandada, nunca le dio la oportunidad de visitarlo ni mucho menos le ha expresado un saludo en su onomástico a pesar de ser su padre.

Sobre la patria potestad, la mantendrán ambos padres conforme establece el Art. 76° del Código de Niños y Adolescentes.

Respecto al régimen de visitas, el demandante solicita se le autorice visitar al menor, los días domingos desde las 08:00 horas hasta las 17:00 horas. El demandante hace hincapié en que se debe tener presente que no le han permitido visitar al menos y este tampoco le ha visitado en su domicilio ni a él ni a su abuelo paterno, el demandante asegura que ello se debería a consejos malintencionados de la demandada.

Respecto de la separación de bienes, el demandante indica que no existen bienes en común. Así mismo reitera que, la demandada vendió el inmueble que él adquirió antes del matrimonio, así como ha vendido pertenencias suyas, señalando que con dicho dinero se fue a disfrutar al balneario de Mejía. Estos hechos le han causado un daño irreparable, ya que alega que la demandada lo ha dejado sin casa y sin trabajo, por tanto, se debe declarar el fenecimiento de la Sociedad de Gananciales.

Respecto a la indemnización establecida en el Art. 345-A del Código Civil, el recurrente solicita la suma de S/ 30,000.00 (TREINTA MIL CON 00/100 SOLES) que deberá resarcir la demandada. El demandante indica que se configura como el cónyuge perjudicado debido a que, la demandada vendió su casa, sus pertenencias y le hizo renunciar a su trabajo con engaños ya que la demandada le dijo que iba a ser ella quien trabajaría y él debía descansar. Así mismo menciona que la demandada se aprovechó de todos los montos de sus derechos laborales que recibió de su ex empleadora el Club Internacional Arequipa.

d. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA:

Del Código Civil: inciso 12 del artículo 333°, 348°, 350° e inciso 3 del artículo 318° donde regulan y amparan el divorcio por causal de separación de hecho, disolución del vínculo matrimonial, las consecuencias del divorcio y el fenecimiento de la sociedad de gananciales. Del Código del Niño, Niña y Adolescentes: artículos 76°, 81°, 88°, y 93°; sobre la vigencia de la patria potestad, tenencia del niño y adolescente, régimen de visitas y la obligación de prestar alimentos. Del Código Procesal Civil Peruano: artículos 424°, 425°, 130° y 196° referentes a los requisitos de la demanda, anexos y forma de escrito, así como lo referente a la carga de la prueba. Así mismo, artículos 480°, 481° y 483° sobre la tramitación del divorcio por causal, intervención del Ministerio Público y la acumulación originaria de pretensiones.

e. MEDIOS PROBATORIOS:

El demandante presentó la copia certificada de la Partida de Matrimonio N° 00196505, Partida de Nacimiento N° 277307, copia certificada de la denuncia por abandono de hogar y retiro voluntario, título de propiedad con código de predio N° P06108034, copias certificadas de las Escrituras Públicas N° 737 y 934, certificado de inscripción (C4) del demandante y la demandada, Acta de Conciliación N° 183-2013 y 615-2014, constancia de pago de pensión por jubilación con el descuento, recibos de luz y agua del inmueble del demandante y constancia de pre-existencia del proceso de alimentos N° 2007-00178-0-040126-JZ-FA-01.

B. SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA:

Mediante Resolución N° 01 del 07 de marzo del 2014, el juez solicita que se aclare la pretensión sobre la reducción de alimentos que se realizará a favor del demandado con respecto a sus obligaciones alimentarias con el menor, señala que no habrá pronunciamiento sobre las materias de tenencia y régimen de visitas, al existir una conciliación extrajudicial que versa sobre ello y no se solicita variación, de las mismas, solicita pronunciamiento respecto a la existencia o no de otras obligaciones no alimentarias y solicita la presentación de documentos de fecha reciente que acrediten que se encuentra al día con sus obligaciones alimentarias y sobre la constancia de pago de pensión de jubilación, finalmente se resuelve declarar inadmisibile la demanda y se notifica al demandante a fin de que subsane las omisiones advertidas.

Con fecha 24 de marzo de 2014, el demandante procedió a subsanar la demanda aclarando que la reducción de alimentos para el menor debe ser de un 20%, ratifica el no pronunciamiento con respecto a la tenencia y régimen de visitas, indica que no existen obligaciones alimentarias ni mucho menos no alimentarias con la demandada y señala que se han presentado documentos del 2014, los cuales acreditan lo solicitado por el juez.

C. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, RECONVENCIÓN Y TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO:

Mediante Resolución N° 02 de fecha 16 de mayo de 2014, se tienen por subsanadas las observaciones y se resuelve admitir a trámite la demanda, disponiendo correr traslado a la demandada y al Ministerio Público por el plazo de treinta días, bajo apercibimiento de ser declarados rebeldes. Con fecha 02 de junio del 2014, el Ministerio Público cumple con contestar la demanda, señalando los puntos relevantes de la demanda y haciendo hincapié en las causales del divorcio y en la identificación del cónyuge perjudicado para la determinación de la indemnización correspondiente. Así mismo, refieren que se reservan el derecho de interponer cualquier tipo de recurso impugnatorio que les

concede la ley en el momento que sea oportuno. Es así que, mediante Resolución N° 03 de fecha 11 de junio de 2014 se resuelve tener por apersonado y absuelto el traslado al Ministerio Público.

a. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 10 de julio del 2014, la demandada cumple con contestar la demanda, señalando que los fundamentos de la demanda son verdaderos salvo lo referente a la venta del inmueble del demandante, indicando que si bien es cierto ella participó en la compra venta, fue única y exclusivamente por petición del demandante.

La demandada refiere que, la supuesta denuncia por abandono de hogar presentada por el demandante constituye una simple declaración de parte, por lo que no constituye documentación idónea o de fecha cierta que permita acreditar que se encuentran separados por más de dos años, así mismo, indica que dicha denuncia no ha seguido la debida etapa probatoria por lo que, no resulta ser suficiente para acreditar su configuración. La demandada indica que, para que, el abandono de hogar constituya una causal de divorcio, se debe probar que no existe justificación por ningún motivo o necesidad, lo cual no se ha acreditado la referida denuncia.

Con respecto a los alimentos, la demandada indica que, ella es de edad lo cual le impide encontrar un trabajo que le ayude a sostenerse, así mismo, asegura que la pensión de alimentos que recibe por parte de su esposo, le ayuda a solventar los gastos ocasionados por su enfermedad, los cuales también son asistidos por el beneficio de cónyuge que tiene en Essalud. Beneficio el cual perdería en caso se disuelva el vínculo matrimonial, lo cual ocasiona un deterioro en su salud.

En el primer otrosí, la demandada interpone reconvención, a efectos de que el demandante la indemnice por el daño moral y personal ocasionado, y cumpla con el pago de S/. 50,000.00 (CINCUENTA MIL CON 00/100 SOLES) por el concepto de daños y perjuicios. Fundamenta la reconvención indicando que, a pesar de que el demandante percibía un sueldo, este no alcanzaba para el sostenimiento de la familia, por lo que ella se veía obligada a hacer labores agrícolas con la compañía de sus hijos mayores para poder balancear la economía del hogar.

Así mismo, refiere que, en reiteradas oportunidades, increpó este hecho al demandante, el cual respondió con agresiones físicas contra la demandada y su menor hijo, por lo que decidió interponer una denuncia por violencia familiar bajo el expediente 2007-2588-3JF, en el cual se firmó un acta de conciliación donde el demandante se comprometía a no incurrir nuevamente en actos de violencia familiar. Posteriormente, ante el incumplimiento del demandante con respecto a los gastos del hogar

y de su menor hijo, se vio obligada a interponer una demanda de alimentos, culminando también en conciliación, siendo este medio el único para que el demandado cumpla con sus obligaciones. Alegando que presenta una gran aflicción sentimental por todo lo que el demandante le ha hecho pasar, lo que ha traído consigo una frustración del proyecto de vida matrimonial.

La demandante solicita que se establezca una indemnización, no para resarcir el daño ya ocasionado, sino para equilibrar las desigualdades económicas que se generarán al momento de la ruptura matrimonial, estas deben tener un carácter alimentario pues, la indemnización, se da solo por una vez a diferencia de los alimentos que son de carácter periódico. Se debe tener en consideración que el criterio para fijar la indemnización debe ser equitativo, teniendo en consideración varios factores que se ponen a favor de la demandada. Se presentan como medios probatorios la copia certificada del acta de Audiencia Única llevada a cabo el 31 de julio del 2008, en el expediente mencionado párrafos atrás.

D. SUBSANACIÓN Y PEDIDO DE AUXILIO JUDICIAL:

Mediante Resolución N° 04 de fecha 06 de agosto de 2014, se resuelve declarar inadmisibles tanto la contestación de la demanda como la reconvenición debido a que no se ha cumplido con adjuntar el arancel judicial por ofrecimiento de medios probatorios ni cédulas de notificación por lo que le otorgan tres días a la demandada a fin de que subsane el defecto advertido.

Con fecha 26 de agosto de 2014, la demandada cumple con subsanar las observaciones, advirtiendo que, ella no cuenta con ingresos más que los que se le brinda a ella y a su hijo por ser alimentistas del demandante y que, no se ha tenido en consideración el pedido de auxilio judicial llevado a cabo mediante cuaderno N° 14 que no ha sido concedido hasta la fecha.

a. AUXILIO JUDICIAL CUADERNO 805-2014-14:

Con fecha 10 de julio del 2014 la demandada solicita beneficio de auxilio judicial en forma total en el presente proceso de divorcio por causal. Funda su petición indicando que no percibe monto alguno para poder subsistir, así mismo, indica que tanto ella como su menor hijo son alimentistas del demandado y que por su edad no puede acceder a un trabajo remunerado y que realiza trabajos esporádicos que no le permiten cubrir sus necesidades y las de su menor hijo.

Es por ello que solicita el auxilio judicial ya que no se encuentra en la capacidad de costear el proceso llevado en su contra sin poner en peligro su propia subsistencia. Presenta como medios

probatorios, una declaración jurada de no tener ingresos, debidamente legalizada, la partida de nacimiento de su menor hijo y el recibo de energía eléctrica.

Por medio de Resolución N° 01 de fecha 17 de julio de 2014 se resuelve declarar inadmisibles la solicitud debido a que no se han presentado medios probatorios que acrediten la condición de alimentista, cae en una contradicción debido a que indica que realiza trabajos esporádicos sin embargo presenta declaración jurada de no percibir ingreso económico alguno, así mismo, no se precisa que se pretende acreditar con el recibo de agua presentado y el formato de solicitud de auxilio judicial no ha sido llenado en su totalidad. Le concede a la demandada un plazo de tres días para subsanar.

Con fecha 14 de agosto de 2014, la demandante cumple con subsanar las observaciones realizadas, presentando la copia certificada de la Audiencia de Ley realizada el 03 de octubre del 2007 llevado a cabo en el expediente 178-2007-FA, con lo que acredita la condición de alimentista; con respecto a los ingresos de trabajos esporádicos, indica que no ascienden a los S/.100 (CIEN 00/100 SOLES) los cuales utiliza para la manutención y gastos de su menor hijo. La demandada indica que dicho recibo tiene la finalidad de acreditar que, al no contar con vivienda propia, la hermana de la demandante le ha brindado un espacio en su vivienda por lo que debe cumplir con el pago del 50% del recibo de agua.

Finalmente, mediante Resolución N° 02 del 01 de septiembre de 2014, se resuelve conceder auxilio judicial a la demandada, a quien se le exonera de todos los gastos del proceso de divorcio por causal llevado en su contra. Así mismo, se corre traslado del oficio N° 1242-2014-4JEF-MCHC (EXP. 0805-2014-14) dirigido al Gerente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa a fin de remitir una copia certificada de la Resolución N° 02 que concede el auxilio judicial, para los fines respectivos.

E. CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN:

Mediante Resolución N° 05 del primero de setiembre de 2014 se resuelve tener por absuelto el traslado de la demanda y se resuelve admitir a trámite la reconvencción interpuesta por la demandada, por lo que, se dispone correr traslado de la reconvencción al demandante por el plazo de treinta días bajo apercibimiento de ser declarado rebelde.

Con fecha 10 de septiembre de 2014 el demandante presenta un escrito solicitando se haga efectivo el apercibimiento y otro. El demandante indica que a la fecha la demandada no ha cumplido con subsanar las observaciones de la resolución que declara la inadmisibilidad de la contestación de la demanda y la reconvencción por lo que solicita que sean rechazadas y se disponga la continuación del

séquito del proceso. Así mismo, en un otrosí, solicita que se dicte la resolución de saneamiento del proceso. Por medio de la Resolución N° 06 del 12 de septiembre de 2014, el juzgado le indica al demandante que se ciña a lo dispuesto en el auto cinco.

Con fecha 22 de octubre de 2014 el demandante cumple con absolver el traslado de la reconvenición y otro. El demandante plantea sus fundamentos indicando que la demandada al tener hijos de otros compromisos no le corresponde ser la cónyuge perjudicada. Así mismo plantea nuevamente que a la demandada no le corresponde ningún derecho de alimentos y solicita se disponga el cese de la obligación de pensión de alimentos. Por medio de la Resolución 07 del 29 de octubre de 2014 se resuelve tener por absuelto el traslado de la reconvenición.

F. SANEAMIENTO DEL PROCESO:

Con fecha 19 de noviembre de 2014 el demandante solicita el saneamiento del proceso. Es así que, por medio de la Resolución N° 08 del 26 de noviembre de 2014 se tiene lo siguiente: vistos y considerando que se han cumplido los presupuestos procesales de competencia del juzgado capacidad de las partes y requisitos de la demanda; habiendo sido emplazados válidamente el Ministerio Público, la demandada y el reconvenido, habiendo ambos absuelto el traslado de la demanda y no existiendo vicios que invaliden la relación jurídica procesal, se debe proceder al sanear el proceso por lo que, se resuelve declarar la existencia de una relación jurídica procesal válida en consecuencia saneado el proceso, se requirió a las partes para que dentro del plaza cumplan con presentar los puntos controvertidos.

1.1.1.2 ETAPA PROBATORIA.

A. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Con fecha 05 de diciembre de 2014, el demandante presentó escrito señalando los puntos controvertidos. Por medio de Resolución N° 09 se resuelve fijar los siguientes puntos controvertidos: **DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN:** Determinar: **PRIMERO:** Si efectivamente los cónyuges se encuentran separados de hecho y en su caso la fecha de separación y el tiempo transcurrido. **SEGUNDO:** lo concerniente al cese de la pensión de alimentos fijada a favor de la demandada. **TERCERO:** si la demandante o el demandado han sido perjudicados con la separación y en su caso establecer la indemnización que corresponda. **CUARTO:** lo concerniente a la reducción de alimentos para el menor hijo de las partes. **QUINTO:** Determinar los demás regímenes familiares que correspondan.

ADMITIR como medios probatorios los siguientes: DEL CÓNYUGE DEMANDANTE: a) partida de matrimonio, b) partida de nacimiento, c) copia certificada de la denuncia por abandono del hogar, d) título de propiedad, e) copia certificada de escritura pública 737, f) copia certificada de escritura pública 934, g) certificados de inscripción de RENIEC, h) acta de conciliación 183-2013, i) acta de conciliación 615-2014, j) boletas de pago, k) recibos de luz y agua, l) constancia de preexistencia del proceso de alimentos 2007-0178. DE LA CÓNYUGE DEMANDADA: consisten en los mismos medios probatorios ofrecidos por el demandante. DEL MINISTERIO PÚBLICO: No ofrece ningún medio probatorio. PRUEBAS DE LA RECONVENCIÓN: DE LA RECONVINIENTE: audiencia única de fecha treinta y uno de julio del dos mil ocho. PRUEBAS DEL RECONVENIDO: a) partidas de nacimiento, b) copia legalizada del contrato de compra venta a plazos.

B. INFORME ORAL:

Con fecha 31 de diciembre de 2014 el demandante solicita que se le permita presentar informe oral y las conclusiones por escrito. Por medio de la Resolución N° 10 del siete de enero de 2015 se fija fecha para que el abogado del demandante presente informe oral. Mediante Resolución N° 11 del treinta de marzo de 2015 se señala nueva fecha para la realización del informe oral. Con fecha tres de junio de 2015 se deja constancia que se llevó a cabo la diligencia programada, así mismo el demandante presentó el 03 de junio de 2015 las conclusiones del informe oral, solicitando que se declare fundada la demanda de divorcio ulterior en todos sus extremos.

C. INGRESO DE AUTOS A DESPACHO PARA SENTENCIAR:

Con fecha 24 de junio de 2015, el demandante, habiendo expuesto sus alegatos en informe oral y el juez al haber dispuesto prescindir de la audiencia de pruebas, solicitó poner los autos a despacho para dictar sentencia. Es así que, mediante Resolución N° 12 del 30 de junio de 2015, se ingresan los autos a despacho para resolver. Con fecha, 07 de julio de 2015, la demandada presenta un escrito para, en mérito al estado del proceso, exponiendo diversos temas a tener en consideración por parte del juez y solicita sea declarada infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta. Así mismo, tanto la demandada como el demandante variaron su domicilio procesal. Mediante Resolución N° 13 del 03 de agosto de 2015, se tuvo por consignadas las nuevas casillas electrónicas y por lo tanto variado el domicilio de ambas partes, con respecto a los temas a tener presentes señalados por la demandada, el juez determinó que se tendrán presentes al momento de resolver. Posteriormente, y sin resolución del proceso de parte del juzgado, el demandante solicita se emita sentencia; mediante Resolución N° 14 de fecha 14 de diciembre de 2015, se reitera lo determinado por la Resolución N° 11. El demandante

solicita se emita constancia de pre existencia del proceso lo cual es resuelto mediante Resolución N°15 del 03 de abril de 2016.

1.1.1.3 ETAPA DECISORIA.

Mediante Resolución N° 16, se emite Sentencia N° 196-2016 que resuelve declarar: INFUNDADA la demanda de divorcio por causal de separación de hecho por más de cuatro años presentada por el demandante e IMPROCEDENTE la reconvencción a la demanda presentada por la demandada. Se exonero de costas y costos del proceso debido a que no existe una parte vencida.

1.1.1.4 ETAPA IMPUGNATORIA.

A. APELACIÓN DE LA SENTENCIA:

Con fecha 01 de junio de 2016, el demandante formula apelación de la sentencia, solicitando que el Superior revoque o integre la apelada en cumplimiento de lo establecido en el Art. 370° del Código Procesal Civil. Señala que existen errores de hecho y de derecho por lo que se ha emitido sentencia sin valoración en conjunto de los medios probatorios, siendo que, no se ha tenido en consideración que ambas partes han señalado domicilio diferente en todos los actuados, lo cual acredita la separación de hecho, se cumple el requisito del plazo de más de cuatro años al no existir hijos menores de edad, el demandante reitera que en la escritura de la venta de su inmueble no se señaló domicilio conyugal por lo que se debe considerar, así mismo, con respecto a la denuncia policial, se tiene como documento de fecha cierta que acredita el abandono del hogar. Sustenta su pretensión en el Art. 197° del Código Procesal Civil.

Mediante Resolución N° 17 del 09 de junio de 2016, se resuelve conceder apelación con efecto suspensivo en contra de la Sentencia N° 196-2016 a favor del demandante, debiéndose elevar los autos al Superior. Con fecha 08 de febrero de 2017 el demandante solicita se eleven los actuados ante el Superior, mediante Resolución N° 18 del 09 de febrero de 2017, conforme al estado del proceso, resuelve elevar los autos al Superior. Mediante Resolución N° 19 del 09 de febrero de 2017, se resuelve corregir de oficio la numeración de las resoluciones a partir de la “11-2015” y las sucesivas en forma correlativa.

Con fecha 13 de febrero de 2017, se cursó el oficio N° 00805-2014-0-2JF/CC-CVTV dirigido al Presidente de la Sala Civil de Turno de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, por medio del cual se elevan los autos a su despacho. Mediante Resolución N° 20 del 21 de febrero de 2017 se corre

traslado del escrito de apelación a la parte demandada por un plazo de diez días. La demandada no absuelve el traslado y se procede a señalar fecha y hora para la Vista de la Causa mediante Resolución N° 21 del 23 de marzo de 2017.

B. INFORME ORAL:

Con fecha 15 de marzo de 2017, el demandante solicita tiempo para dar informe oral, lo cual es concedido mediante Resolución N° 22 del 17 de marzo de 2017, en la cual le otorgan un tiempo no mayor a 10 minutos para que el demandado haga uso de la palabra. Con fecha 30 de marzo de 2017, el demandante presenta las conclusiones del informe oral, señalando que su matrimonio sería un matrimonio aparente, debido a que fue obligado a casarse con la demandada por consejos de su padre para formar una familia, señala además que la demandada ya se encontraba embarazada de otra persona al momento de su matrimonio y que, al nacimiento del menor, él lo reconoció como suyo, siendo que, él no ha mantenido relaciones sexuales con la demandada y no tiene relación biológica con el hijo de la misma; reitera los argumentos principales y ya formulados en la demanda. Se agregan a los antecedentes las conclusiones del informe oral mediante Resolución N° 23 del 30 de marzo de 2017.

C. SENTENCIA DE VISTA DE LA CAUSA

Con fecha 10 de abril de 2017, se informa que el Juez Superior Cervantes López, se encuentra de licencia por lo que interviene el Juez Superior Supernumerario Salina Vizcarra en su reemplazo tal y como señala la Resolución N° 24 del 10 de abril de 2017. Con fecha 16 de abril de 2017, la demandada presentó un escrito solicitando se tenga presente por el colegiado encargado de la causa, que el demandante está actuando de forma maliciosa faltando a la verdad y a la probidad ya que no ha cumplido con la carga de la prueba y se ha limitado a mencionar hechos que degradan la honra de la demandada. Se agregan a los antecedentes el escrito presentado por la demandada mediante Resolución N° 25 del 19 de abril de 2017.

Mediante Resolución N° 26 de fecha 21 de abril de 2017, se emite Sentencia de Vista N° 177-2017. El colegiado hace una valoración sobre el tiempo de la separación entre los cónyuges, determinando que este debe considerarse desde la denuncia de abandono de hogar efectuada por la demandada y constatada por el demandante el 12 de febrero de 2009, fecha a tener en consideración para contabilizar los 4 años de requisito para el divorcio ulterior. El colegiado no se pronuncia respecto a los alimentos, régimen de visitas y demás con respecto al menor. Es así que, revocan la Sentencia N° 196-2016 en el extremo que declara infundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, reformándola declararon fundada la pretensión, declarando disuelto el vínculo matrimonial en

consecuencia dispusieron la pérdida de los cónyuges del derecho de heredar entre sí, la pérdida del derecho de la ex cónyuge de llevar el apellido del ex cónyuge y declara fenecida la sociedad de gananciales, así mismo, declara infundada respecto al establecimiento del cónyuge perjudicado con la separación de hecho. Se ordena que, ejecutoriada la sentencia, se remitan partes judiciales al Registro del Estado Civil de la Municipalidad que corresponde, al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y al Registro personal de los Registros Públicos. Exime de costas y costos del proceso.

D. CASACIÓN

Con fecha 18 de mayo de 2017, la demandada interpone recurso de casación sustentada en la infracción normativa que incide directamente sobre la resolución emitida, causal prevista en el Art. 386° del Código Procesal Civil (inaplicación de una norma de derecho material). La demandada alega que no se ha debido tener en consideración la denuncia del supuesto abandono de hogar como fecha para contabilizar la separación de hecho ya que, respecto al acuerdo conciliatorio del 26 de febrero de 2014, se deja constancia en su redacción que dicho acuerdo se llevó a cabo ante el reciente resquebrajamiento de la vida conyugal. Mediante Resolución N° 27 del 23 de mayo de 2017, dispusieron se eleven los autos a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Con fecha 27 de junio de 2017 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió la Casación 2548-2017. La demandada manifiesta la intención de que se modifique la conclusión arribada por la Sala Superior, con respecto a la determinación del tiempo de separación de hecho considerando a partir de la fecha de la interposición de la demanda; análisis que deriva de la denuncia policial de abandono de hogar y la escritura pública de compra venta donde, sin tener en cuenta que la situación fáctica establecida en la Sala Superior no puede variarse e implica revaloración. Se expone la infracción normativa, sin embargo, el colegiado considera que no se ha podido demostrar la incidencia directa de la misma en la resolución impugnada. La parte recurrente pretende cuestionar el criterio de la instancia a partir del establecimiento de hechos específicos, así como la revaloración de los medios probatorios. Es así que, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la demandada.

E. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE VISTA:

Mediante Resolución N° 28 del ocho de enero del 2018 se dio conocimiento a las partes la bajada de autos de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. Con fecha 31 de enero de 2018, el demandante solicita se emitan los oficios correspondientes para remitirlos a las entidades mencionadas en la sentencia de vista a fin de inscribir la disolución del vínculo matrimonial. Por medio de

Resolución N° 29 del 16 de abril de 2018 se resuelve declarar ejecutoriada la Sentencia de Vista N° 117-2017 contenida en la Resolución N° 26 siendo que, habiendo transcurridos los plazos para impugnar sin formulación de las partes y viendo que, el recurso de casación interpuesto por la demandada ha sido declarado improcedente, concluye el proceso de divorcio por causal.

Con fecha 07 de mayo de 2018 se remitió el oficio N° 0805-2014-0-0401-JR-FC-04-2JFCC/pcq al jefe de RENIEC, al jefe del Registro Personal de la Zona Registral XII, Oficina Registral de Arequipa y al Jefe del Registro Civil de la Municipalidad de Cayma, acompañando partes dobles y partes judiciales respectivamente, a fin de que se sirvan efectuar la anotación correspondiente a la disolución del vínculo matrimonial contenido en la Sentencia de Vista N° 117-2017.

Con fecha 23 de mayo de 2018, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, remite oficio dando conocimiento de la Anotación de Inscripción del Divorcio solicitado por el juzgado bajo el título 2018-1103348. Se agregan a los antecedentes y se tiene presente mediante Resolución N° 30 del 10 de agosto de 2018.

Con fecha 09 de enero de 2019, el demandante solicita el cese de la pensión alimentaria que tiene a favor de la demandante; reiteró su pedido ante la nula respuesta del juzgado el 27 de marzo de 2019. Mediante Resolución N° 31 del 22 de abril de 2019 se resuelve expedir oficio a la ONP a fin de remitir los partes judiciales para lo subsiguiente con respecto al descuento por alimentos. Así mismo, se solicita que se cumpla con el pago de los aranceles judiciales, los cuales cumple con remitir el demandante con fecha 29 de abril de 2019 y, por medio de Resolución N° 32 del 26 de junio de 2019 se expiden los partes judiciales solicitados y se agrega a los antecedentes los aranceles presentados.

El demandante, con fecha 24 de julio de 2019 reitera el pedido del cese de pensión de alimentos a fin de que la ONP tenga presente los puntos advertidos en la Sentencia de Vista N° 117-2017. Por medio del oficio 1124-2018-DPE.PP/ONP, la Oficina de Normalización Previsional cumple con informar que se ha programado lo dispuesto en la Sentencia a partir del mes de agosto del 2019. Mediante Resolución N° 33 del 26 de agosto de 2019 se da a conocimiento de las partes el Oficio remitido por la Oficina de Normalización Previsional.

1.1.2 IDENTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE ORDEN PROCESAL, SUSTANTIVO Y FÁCTICO PROBATORIO.

1.1.2.1 PROBLEMAS JURÍDICOS DE ORDEN PROCESAL.

a. Criterios de admisibilidad de la demanda a fin de determinar si la pretensión principal reviste la formalidad y no adolece de defectos, así mismo determinar si la pretensión accesoria sobre la reducción de alimentos corresponde ser admitida a trámite o debe ser tramitada en proceso distinto.

b. En el presente expediente, se presentó una reconvencción por lo que se debe analizar los criterios de admisibilidad de la misma y todo lo referente a su inclusión en el proceso de conocimiento.

c. En el proceso se solicitó auxilio judicial, el cual se elaboró cuaderno aparte del principal, se desarrollará los criterios de admisibilidad y su procedimiento.

d. Se debe desarrollar las figuras impugnatorias de Apelación y Casación, ello a fin de establecer si fueron o no adecuadamente interpuestas por las partes. Se analizará la resolución de las instancias, forma y fondo.

En el presente proceso, se ha llevado a cabo conforme a los principios procesales, teniendo ciertas deficiencias en lo que respecta a la celeridad procesal, ello debido a que esta no se respetó cabalmente, teniendo el demandante que solicitar en varias oportunidades el impulso procesal, el juzgado justificó la demora del proceso por la carga procesal y el periodo vacacional del personal. Además de ello, existió dificultad en la notificación a las partes debido también, tal y como menciona el juzgado, al periodo vacacional del personal.

1.1.2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS DE ORDEN SUSTANTIVO.

a. Desarrollar la naturaleza y el tratamiento jurídico peruano del Divorcio.

b. Desarrollar los presupuestos jurídicos que configuran el Divorcio por causal de Separación de Hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, supuesto del inciso 12 del Artículo 333° del Código Civil.

c. Desarrollar la Indemnización en caso de perjuicio, determinar si son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho.

1.1.2.3. PROBLEMAS DE ORDEN FÁCTICO PROBATORIO.

Determinar el sustento que establece el inicio de la contabilización de los cuatro años de separación de hecho para la configuración de la causal de divorcio, así mismo, la identificación del cónyuge más perjudicado que tiene derecho a una indemnización mediante un análisis de los medios probatorios presentados.

1.2 ANÁLISIS JURÍDICO.

1.2.1 ANÁLISIS DE ORDEN PROCESAL.

1.2.1.1 ETAPA POSTULATORIA.

a. El art. 480° del Código Procesal Civil, señala que, la tramitación del divorcio por la causal señalada en el inc. 12 del Art. 333° del Código Civil debe hacerse por la vía del Proceso de Conocimiento. En este caso específico, el divorcio puede ser presentado tanto por el cónyuge agraviado como el cónyuge agresor (inaplicación del Art. 335° del CC “ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.”). La demanda es presentada por Evaristo Barrionuevo Vera en contra de Guillermina Andia Huamán; esta fue presentada ante el juez del último domicilio conyugal, siendo este competente para llevar a trámite la causa.

b. La demanda fue declarada INADMISIBLE, debido a que, tal y como se menciona en la Resolución N° 01, la demanda está incurso en las causales señaladas en el art. 426° del Código Procesal Civil. El juez se centra en la pretensión accesorias que versa sobre la reducción de pensión de alimentos al menor, sin embargo, con el análisis del proceso, este no es materia de pronunciamiento en ninguna de las instancias. Si bien es cierto, en la demanda y contestación de la misma se deben realizar propuestas respecto de la tenencia, régimen de visitas y alimentos (Art. 480° CPC), la reducción de los alimentos podría ser solicitada de forma accesorias, el Art. 483° del CPC menciona:

Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o 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 éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

No es de aplicación, en este caso, lo dispuesto en los incisos 1. y 3. del Artículo 85.

Las pretensiones accesorias que tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación¹.

Este último párrafo funda el pedido del juez de la aclaración de la pretensión para poder admitir la demanda. Sin embargo, lo referente a la reducción, en mi opinión, debió ser declarado improcedente o, en todo caso, que no cabía pronunciamiento, al igual como se determinó con respecto a la tenencia y régimen de visitas, ya que, este debe ser solicitado en proceso aparte al del divorcio, considerando que, este ya venía siendo procesado en el expediente N° 178-2007-FA ante el juzgado de Paz Letrado de Yanahuara, el cual determinó, en audiencia de conciliación, la retención del 60% de las remuneraciones del demandante. Dicha opinión es reforzada con lo señalado por el colegiado de segunda instancia el cual, “deja a salvo el derecho del actor de solicitar la reducción de alimentos a favor de su hijo a través de la acción correspondiente” (fundamento 5.8, considerando Quinto de la Sentencia de Vista N° 117-2017).

c. Subsanadas las observaciones, se cumple con correr traslado de la demanda al Ministerio Público tal y como lo determina el Art. 574° del CPC. El Ministerio Público es parte en los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal y, como tal, no emite dictamen. La finalidad de su intervención es la de controlar la legalidad, evitando la colusión entre los cónyuges para provocar directamente la separación de cuerpos o el divorcio sin acreditar la causal invocada, y, cuando hay hijos menores de edad, la de velar por el interés del niño y adolescente en las cuestiones relativas a la patria potestad y alimentos. (Placido, 1997)

d. Así mismo, se corre traslado a la demandada, la cual contesta sin negar los hechos señalados por el demandante con respecto a la fecha en la cual ella se retiró voluntariamente del hogar conyugal, de hecho, la demandada no niega ni afirma los hechos, simplemente no hace mención alguna sobre dichas afirmaciones realizadas por el demandante, por lo que, se podría interpretar como una presunción legal sobre la verdad de lo expuesto. Respecto a ello, Vidal Ramírez, siguiendo al maestro León Barandiarán, citado por Zabala (1991), manifiesta que el silencio no es manifestar la voluntad ni expresa ni tácitamente, esto es, no exteriorizarla. Se trata de una abstención de dar a conocer la voluntad interna por cualquier medio, no siéndole aplicable al silente la máxima «el que calla otorga» ni, en consecuencia, considerar su silencio como una voluntad tácita ni menos como voluntad presunta. El Art. 142° del Código Civil menciona:

¹ El subrayado es de mi propia autoría.

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

Manuel de la Puente y Susana Zusman, citados por Zabala (1991), mencionan que, no significa que la ley o el convenio traten de presumir cuál es la voluntad del silente, sino que se da al silencio el valor de determinada declaración de voluntad, de tal manera que si el sujeto calla sabe que con ello está dando lugar a que su actitud tenga los efectos jurídicos que señala la ley o se hayan convenido entre las partes. Entendiendo así que, la intención de la demandada no fue ni afirmar ni negar los hechos, sin embargo, en la contestación, afirma lo postulado por el demandante en el punto 3.4 en el cual se señala que, una vez realizada la venta del inmueble propiedad del demandante tal y como consta en la Escritura Pública 934 del 31 de marzo de 2009, la demandada se fue a vivir al que es su domicilio actual, reforzando el argumento del demandante por su propia declaración de veracidad de los hechos.

e. La demandada presenta, además, una reconvencción a efecto que el demandante indemnice por el daño moral y personal ocasionado. La reconvencción es una acción que el demandado interpone conjuntamente con la contestación, pero que no consiste en negar total o parcialmente los hechos constitutivos de la demanda ni de solicitar su desestimación. Dentro del proceso y frente a la virtud le suministra la relación procesal un contenido más, en cuanto pretende una actuación de la ley distinta a la que invocaba el actor. Tal es, pues, la reconvencción: una acción interpuesta por el demandado contra el actor en el mismo proceso y delante del mismo juez. Por eso, no cabe interponer reconvencción si previamente no ha habido demanda. (Mansilla, sf.)

La reconvencción, ha sido presentada dentro del plazo, tal y como menciona el Art. 443° del CPC², Al respecto, el Código Procesal Civil menciona:

Artículo 445.- Reconvencción: La reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para ésta, en lo que corresponda. La reconvencción es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales. La reconvencción es procedente si la pretensión contenida en ella fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente. El traslado de la reconvencción se confiere por el plazo y en la forma establecidos para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia. En caso que la pretensión reconvenida sea materia conciliable el Juez para admitirla deberá verificar la asistencia del demandado a la Audiencia de Conciliación y que conste la

² El plazo para contestar y reconvenir es el mismo y simultáneo.

descripción de la o las controversias planteadas por éste en el Acta de Conciliación Extrajudicial presentada anexa a la demanda.

La reconvención fue declarada inadmisibles por no haber adjuntado los aranceles judiciales, sin embargo, adolece en su contenido de ciertas contradicciones. El petitorio plantea que, la solicitud de indemnización es a causa del daño moral y personal ocasionado, sin embargo, en los fundamentos de la reconvención se cita el Exp. 4664-2010 en el cual el Tercer Pleno Casatorio menciona que, se debe establecer una indemnización, la cual tiene carácter de obligación legal, esta no tiene por finalidad el resarcir daños sino el de equilibrar las desigualdades económicas que resulten de la ruptura matrimonial. Así mismo, la demandada no presenta medio probatorio fehaciente que pueda sostener su calidad de cónyuge perjudicado.

f. En el presente proceso, cuaderno aparte, se solicitó auxilio judicial por parte de la demandada. En aras de garantizar el debido proceso, es meritorio recalcar que el auxilio judicial es una medida que permite el acceso a la justicia, esto es, tal y como menciona el Programa de las Naciones Unidas (2005) el derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas. Es así que, tal y como se menciona en la Resolución N.º 0763-2005-PA/TC, “el derecho al acceso de justicia garantiza el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presentación de reclamos en un proceso judicial.”

En referencia a ello, el Código Procesal Civil, menciona:

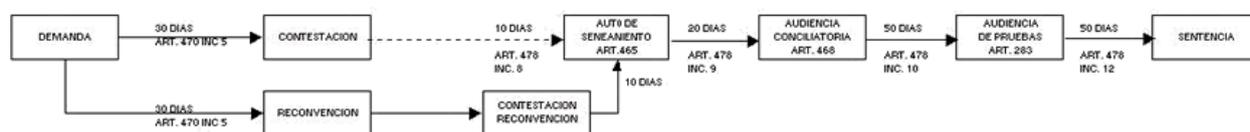
Artículo 179.- Titular del Auxilio. - Se concederá auxilio judicial a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes ellas dependan.

Artículo 181.- Procedimiento. - Quien obtenga auxilio judicial pondrá en conocimiento de tal hecho al juez que deba conocer del proceso o lo conozca, mediante la presentación de un escrito en el que incluirá la constancia de aprobación de la solicitud a la que se hace referencia en el artículo anterior y la propuesta de nombramiento de abogado apoderado. El Juez tomará conocimiento y dará trámite a la indicada documentación en cuaderno separado. El pedido de auxilio no suspende la tramitación del principal.

La demandada presentó la solicitud de auxilio judicial conforme los requisitos mencionados en el Art. 180 del CPC³, inicialmente fue declarada inadmisibles debido a que no se presentaron medios probatorios que acrediten la calidad de alimentista de la demandada, así mismo, no se aclara el hecho de la percepción de ingresos esporádicos, y no se llenó el formato de solicitud como correspondía. Una vez subsanadas las observaciones se resolvió conceder el auxilio judicial a la demandante.

g. Una deficiencia clara en el presente proceso es la celeridad, como podemos ver en el diagrama insertado, el proceso de conocimiento tiene distintas etapas las cuales cuentan con plazos definidos por el Código Procesal Civil, en este proceso, en reiteradas oportunidades el demandante tuvo que invocar el impulso procesal en vista de la sostenida demora del juzgado en la emisión de las resoluciones. El principio de celeridad, es la expresión concreta de la economía por razón de tiempo. Los plazos, normas expeditas y sancionadoras de la dilación innecesaria. Una justicia tardía no es justicia. (Paredes, sf.)

POR RECONVENCIÓN (MODELO - B)



Proceso de Conocimiento por Reconvencción.

Así mismo, existieron dificultades con las notificaciones lo cual permitió que el demandante solicitase, en función al seguimiento del proceso de conocimiento, el rechazo de la demanda y la reconvencción. El juzgado justificó la dilación del proceso, que inició en el año 2014 y culminó en el 2019, a la carga procesal que soporta el despacho, al periodo vacacional del personal y a las huelgas de los trabajadores del Poder Judicial, si bien es cierto, son causas justas, no es justificable la dilatación de un proceso que, habiéndose prescindido de la audiencia de conciliación y la de pruebas haya debido alargarse al punto de transcurrir alrededor de 5 años. Esto, evidentemente es sentido por el demandante, el cual, como ya he mencionado en reiteradas oportunidades a lo largo de todo el proceso, tuvo que solicitar el impulso procesal.

³ El auxilio puede solicitarse antes o durante el proceso mediante la presentación en la dependencia judicial correspondiente, de una solicitud en formatos aprobados por el Órgano de Gobierno y Gestión del Poder Judicial. La solicitud de auxilio judicial tiene carácter de declaración jurada y su aprobación de cumplirse con los requisitos del Artículo 179 de este Código, es automática.

1.2.1.2 ETAPA PROBATORIA.

En el presente proceso de divorcio por causal, conforme la Resolución N° 09, al admitirse todos los medios probatorios de la demanda, contestación y reconvencción, se dispuso prescindir de la Audiencia de Pruebas por cuanto no hay nada que actuarse.

1.2.1.3 ETAPA DECISORIA.

a. El juez de primera instancia, consideró como medio probatorio, para acreditar el vínculo matrimonial, la Partida de Matrimonio de fecha 12 de diciembre de 1998 al igual que, la partida de nacimiento del menor Gian Carlos Barrionuevo Andía.

b. También se tomó en cuenta la denuncia policial ofrecida por el demandado, donde se deja constancia del abandono de hogar, sin embargo, en la valoración se determina que, dicha denuncia policial solo es una mera expresión unilateral del denunciante y que, de dicha denuncia, no se ha desprendido investigación formal; por lo que, no podría considerarse como una prueba fehaciente para acreditar la separación de hecho de los cónyuges.

c. Por otro lado, con respecto a la Escritura Pública de compra venta, en la minuta se señala el que era el domicilio conyugal como domicilio común de las partes, el juez considera dicho medio probatorio como una declaración, ante la Notaría, de que ambos comparten domicilio conyugal.

d. Asimismo, el juez consideró que el proceso de alimentos no podría constituir un medio de prueba para acreditar la separación de hecho ya que, el proceso ha sido iniciado en el año 2007 y no se menciona que se haya realizado separación de cuerpo de los cónyuges. Por otro lado, el Juzgado Civil ha considerado que el Acta de Conciliación que versa sobre la Tenencia y el Régimen de Visitas es de fecha 26 de febrero del 2014, por ello, el juez no ha encontrado medio probatorio idóneo que acredite de manera indubitable que la fecha de separación de cuerpos de ambos cónyuges, haya sido de más de 4 años conforme requiere la ley.

e. El juez no ha tenido en consideración, para desestimar el pedido de indemnización que solicita el demandante por ser el cónyuge más perjudicado, la presentación de las dos escrituras una de compra venta y otra de resolución de compra venta, el demandante alega que ha sido perjudicado por la demandante debido a que ella vendió su inmueble, afirmación que es incongruente con el medio probatorio, el cual identifica como único propietario al demandante y que, la intervención de la demandada es a solicitud de parte, puesto que, está contenido como tal en la minuta. Así mismo, dicha compra venta es resuelta en escritura pública posterior debido a una imposibilidad de ocupar el

inmueble por parte del comprador, es decir que, el inmueble sigue siendo de propiedad del demandante por lo que no ha sido perjudicado como tal.

f. El juzgado civil, no ha considerado los domicilios consignados en los respectivos documentos de identidad, de tal manera que, se puede apreciar que la demandada señala la dirección Urb. Fundo La Quebrada Mz. E Lote 4, del distrito de Cerro Colorado como su domicilio actual y que, como se aprecia en la demanda, el demandante indica que una vez realizada la venta del inmueble de su propiedad la demandada cambió su domicilio al mencionado líneas atrás, afirmación que es declarada como verdadera por la demandada. No obstante, al analizar tal documento se puede apreciar que la fecha de emisión es del 09 de marzo del 2011, dos años después de la denuncia policial por abandono de hogar, por lo que, podría considerarse inclusive desde esa fecha la separación de cuerpos; es preciso acotar que, en virtud al Artículo 194° del Código Procesal Civil, el Juez pudo solicitar – como prueba de oficio – un informe al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, a fin que remita el historial de cambios domiciliarios, a efectos de corroborar las fechas en que se realizó la variación de domicilio conyugal.

1.2.1.4 ETAPA IMPUGNATORIA.

A. APELACIÓN:

a. Los argumentos de la apelación que formula el demandante son reiterativos con respecto a la demanda y demás actuados en los que este postula el divorcio por causal, sin embargo, solicita adecuadamente la revisión de la Sentencia, puesto que, no se le ha dado una valoración sustancial a los medios probatorios y argumentos de las partes. Es así que, la sala civil, si tomo en consideración que, la denuncia policial efectuada en fecha 12 de febrero de 2009 sobre abandono de hogar, es documento fehaciente para acreditar la separación de cuerpos, teniendo en cuenta, además, que la demandada no ha ofrecido medio probatorio alguno que acredite que ambas partes hayan continuado haciendo vida en común.

b. Del mismo modo, respecto del domicilio de las partes, tanto en la demanda y la contestación, ha meritado que los domicilios son los mismos a los que figuran en su documento de identidad, por lo que, se demuestra que persiste en la actualidad la separación de hecho, entendiéndose que, la demandada cambió su domicilio y presenta uno distinto al del demandante.

c. Así también, con respecto a la escritura pública, se tiene entendido que el domicilio que presentan los comparecientes es meramente identificativo y no una declaración, por lo que el colegiado

considera que no se puede considerar como medio probatorio para acreditar que las partes mantenían vigente la vida y domicilio conyugal.

d. El colegiado, no ha considerado el Artículo 345°-A del CPC, en la que precisa que el Juez deberá velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, asimismo, en tal fecha ya se tenía desarrollado el Tercer Pleno Casatorio Civil que versaba sobre la indemnización al cónyuge perjudicado en los casos de divorcio por causal de separación de hecho, siendo que, de oficio o a pedido de parte siempre se deberá fijar una indemnización por daño a la persona, o en su defecto, ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, sin embargo, se declara infundada la demanda respecto al establecimiento del cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

B. CASACIÓN:

a. Considerando que el recurso de casación, es un recurso extraordinario, donde únicamente se evalúa algún tipo de vulneración normativa en el séquito del proceso, la Corte Suprema, señala que, si bien es cierto, la demandada ha cumplido con describir la vulneración normativa, no obstante, no demuestra incidencia directa de las mismas en la resolución impugnada, es decir, la demandada interpone recurso de casación para reevaluar y tomar nuevos criterios en la evaluación de los medios probatorios, siendo un fin no adecuado en dicha instancia, toda vez que, como bien se ha señalado, ésta solo podría pronunciarse respecto de vulneraciones normativas al debido proceso.

b. Como bien se ha señalado en los puntos que anteceden, se tiene desarrollado el Tercer Pleno Casatorio Civil, así también, se tiene la Casación 2004-2016-Lambayeque, tanto la Sala Superior como la Suprema, debieron considerar, determinar y establecer al cónyuge perjudicado, a efectos de fijar una indemnización acorde al daño causado, en consecuencia, al no determinar cónyuge perjudicado ni fijar indemnización alguna, la presente Sentencia Casatoria como la Sentencia de Vista, vulneran lo dispuesto por el Art. 345°-A del CPC.

1.2.2 ANÁLISIS DE ORDEN SUSTANTIVO.

1.2.2.1 DIVORCIO.

El divorcio es una figura legal contenida en nuestro Código Civil por medio del cual se procede a disolver el vínculo matrimonial y con ello todos las obligaciones, derechos y beneficios que otorga el estatus de casado. El divorcio no estuvo reconocido como tal hasta el año 1936, que se introdujo al Código Civil por imposición de la Ley N° 8305, a partir de ello, la figura del divorcio ha sufrido

distintas modificaciones las cuales han dado lugar al divorcio tal y como lo conocemos hoy en día. El divorcio tuvo su inicio como una forma de sanción, la cual era impuesta contra el cónyuge que había causado grave lesión al vínculo matrimonial o al cónyuge. Posteriormente se introdujeron las causales remedio en la cual se sostenía que ante la imposibilidad de llevar a cabo vida en común quedaba como resultado el divorcio. Actualmente se tiene el divorcio como sanción y remedio, el Art. 333 contiene las 12 causales las cuales reflejan o antes postulado.

Debemos definir primero la separación de cuerpo y el divorcio en base a la norma y a jurisprudencia:

Artículo 332° CC: “La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.”

«Que, el estado matrimonial genera obligaciones recíprocas de los cónyuges, como es el deber de fidelidad, de cohabitación, de asistencia, y de alimentación. [...]. Que, el incumplimiento de los deberes citados puede desencadenar en la ruptura del vínculo matrimonial, dándose por concluido el mismo, así lo establece el artículo 333° del Código Civil, el que contiene las causales de separación de cuerpos aplicable también en caso de divorcio por imperio del artículo 349° del acotado.»⁴ (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 2002)

«Que, la norma bajo análisis [artículo 354° del Código Civil] tiene dos supuestos, los cuales deben ser estudiados por separado. [...]. Que, el primero de ellos está referido a los casos de separación convencional en el que cualquiera de los cónyuges puede, basándose en la sentencia de separación, pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial transcurridos seis meses desde su notificación, siendo que el supuesto hipotético de la norma citada no corresponde al caso sub litis, pues esta presupone la existencia de una demanda conjunta en la que los cónyuges expresen de mutuo acuerdo la decisión de separarse. [...]. Que, el segundo supuesto de la norma se refiere al derecho que se concede al cónyuge inocente en los casos de la separación por causal específica, lo que tampoco coincide con los supuestos materiales del presente caso en el que no se ha dispuesto la separación en virtud de causal alguna, ni puede considerarse que exista cónyuge culpable o cónyuge inocente que esté autorizado para solicitar la disolución del vínculo matrimonial.»⁵ (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 1998)

⁴ Casación N° 3689-2001-Lambayeque

⁵ Casación N° 719-97-Lima

Artículo 333° del CC.- Causales: Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Artículo 348° CC: El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

«El divorcio consiste en la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial.»⁶ (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2003).

«Que, si bien es cierto, que el objeto substancial del divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, también lo es que tiene otros subsiguientes de carácter patrimonial especialmente, como son la fijación de gananciales, alimentos, indemnización y vocación hereditaria; y, precisamente el

⁶ Casación N° 2239-2001- Lima

cónyuge que promueve el divorcio busca la obtención de esos efectos [sobre la] base del nuevo *statu iuris* que propone.»⁷ (Sala Civil, 1994)

1.2.2.2 CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES.

La causal de separación de hecho de los cónyuges se introdujo al Código Civil por medio de la modificación del Art. 333° en función a la Ley N° 27495 en el año 2001.

Inc. 12 del Art. 333° CC: La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.

Mazzinghi, ha señalado que, la separación de hecho se apoya en numerosos modelos extranjeros que, a su juicio, recaen en un mismo error. Afirma que los legisladores que se pliegan a esta postura consideran al vínculo conyugal como algo muy próximo a la unión libre, en cuanto dura solamente mientras ambos integrantes de ella quieren que así sea. (García-Briseño, 2014)

La Sala Civil de la Corte Suprema (2016), Es criterio unánime en doctrina el considerar a la separación de hecho como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos y que, ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la exigencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge inocente o perjudicado; por tanto, a través de esta causal es posible que el accionante fundamente su pretensión en hechos propios. (García-Briseño, 2014)

«Que, el inciso 12 del artículo 333° del Código Civil, establece que, en el caso de la causal de separación de hecho, no resulta de aplicación lo previsto en el artículo 335° del citado Código, en cuanto establece que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.»⁸ (, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2006)

Rospigliosi (2007), menciona que la causal de separación de hecho ha planteado una serie de criterios respecto a su incorporación en el ordenamiento jurídico: el principal criterio a favor de la causal es que esta se da, como se ha mencionado, ante el incumplimiento de uno de los elementos constitutivos del matrimonio, cual es la vida en común y no es dable mantener jurídicamente un matrimonio en el que no exista la convivencia.

⁷ Expediente N° 264-94-Lima

⁸ Casación N° 220-2004-Lima

Gutiérrez y Rebaza (2005), mencionan que el objetivo de hacer vida en común, se orienta al deber de cooperación y asistencia entre los cónyuges, así como a la conformación de una familia.

Tantalean O. (2013) menciona que, discrepa sobre la naturaleza jurídica de la causal de separación de hecho como figura jurídica que pertenece a la doctrina del divorcio remedio señalando que “se trata de un supuesto de divorcio sanción, porque si no hubiera responsable no se podría establecer una indemnización, ni la pérdida de gananciales, ni la de los derechos hereditarios.

1.2.2.3 INDEMNIZACIÓN POR SEPARACIÓN DE HECHO.

Artículo 345°-A del CC: Indemnización en caso de perjuicio: 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.

«Que interpretado dicho texto [artículo 345°-A] debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio; [...]. Que, como se advierte de autos las sentencias inferiores han concluido que no existe cónyuge perjudicado, y en tal sentido no corresponde fijar una indemnización, lo que no se ajusta al texto expreso de la ley, como se ha glosado en el considerando precedente; debiendo significarse, que la recurrida adicionalmente meritúa el informe presentado por el demandante respecto de los bienes dejados en el hogar conyugal, dando por cierto que el actor ha dejado los bienes sociales a favor de la cónyuge, sin tener en cuenta que dicha prueba han sido presentada en segunda instancia conforme fluye del folio ciento setentiuno, lo que infringe el artículo 189° del Código Procesal Civil, que establece que los medios probatorios deben presentarse en la etapa postulatoria, salvo disposición contraria; que debe concordarse con lo dispuesto en el artículo 364° del código adjetivo acotado, que establece la presentación de medios probatorios después de la etapa postulatoria, pero solo en los procesos de conocimiento y abreviado, el que deberá recaudarse con el escrito de apelación o su absolución, sujetándose a las previsiones que informan los numerales primero y segundo de este último dispositivo; aspecto que no ha ocurrido en el caso de autos, pues el escrito ha sido presentado con posterioridad y

además no existe pronunciamiento respecto de la admisión conforme se informa en la parte final del aludido dispositivo.»⁹ (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2004)

«Que, interpretado dicho texto [artículo 345°-A] debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio; debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o adjudicación preferente.»¹⁰ (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2006)

«El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.» (Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente, 2019) Casación N° 2848-2019-Lima

B. CAPÍTULO II: EXPEDIENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (ESPECIAL)

2.1 ANTECEDENTES.

Expediente:	N° 03776-2015-0-0401-JR-LA-03
Materia:	Acción Contenciosa Administrativa
Vía procedimental	Especial
Demandante:	Anastacia Guadalupe Ticona de Rojas
Demandado:	Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa

⁹ Casación N° 308-2003-Ica

¹⁰ Casación N° 2178-2005-Lima

2.1.1 EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS.

2.1.1.1 ETAPA POSTULATORIA.

A. INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA:

Con fecha 05 de mayo de 2015, ANASTACIA GUADALUPE TICONA DE ROJAS, en adelante la demandante, interpuso una demanda de Acción Contenciosa Administrativa ante el Tercer Juzgado de Trabajo, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en contra de la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Sur, en adelante la demandada, con emplazamiento del Procurador Público del Gobierno Regional de Arequipa, en calidad de defensor de los intereses judiciales de dicha entidad.

a. PETITORIO:

Se interpone demanda de Acción Contenciosa Administrativa, para que la UGEL Arequipa Sur, cumpla con emitir Resolución Directoral que reconozca a la demandante la percepción del incremento salarial dispuesto por el Decreto Ley N° 25981, con retroactividad al mes de enero de 1993 a la actualidad y de igual modo se cumpla con abonar en ejecución de sentencia los intereses legales dispuestos por los artículos 1236 a 1244 del Código Civil.

b. FUNDAMENTOS DE HECHO:

Según lo dispuesto en el Artículo 2° del Decreto Ley N°25981, se estableció que: *“Los trabajadores dependientes cuyas remuneraciones están afectas a la contribución al FONAVI, con contrato de trabajo vigente al 31 de diciembre de 1992, tendrán a derecho a percibir un incremento de remuneraciones a partir del 01 de enero de 1993. El monto de este aumento será equivalente al 10% de la parte de su haber mensual del mes de enero de 1993 que esté afecto a la contribución al FONAVI”.*

Al señalar dicha norma, el requisito para acceder a dicho incremento remunerativo y la forma como éste se efectivizará, la administración está en la obligación de reconocer tal beneficio desde el momento en que se cumple de hecho tal requisito, por cuanto el trabajador incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley que no está supeditado al reconocimiento de la administración, que no es la que en modo alguno otorga el derecho, que como se ha recordado, nace del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley.

Se debe considerar que ni la omisión en solicitar el reconocimiento de un derecho remunerativo establecido imperativamente por la Ley, ni la omisión de la Administración de dar su cumplimiento, pueden generar afectación a los trabajadores, por lo que, razonar en contrario significaría un total desconocimiento del carácter irrenunciable que tienen los derechos remunerativos y la interpretación favorable al trabajador en caso de duda sobre el sentido de una norma, que subyacen en los numerales 2 y 3 del artículo 26 de la Constitución Política del Estado.

Ya que, en un Estado Social de Derecho, fundado en el trabajo, mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su fuerza de trabajo, puesto que la prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida tanto de él como de sus dependientes.

Todo lo cual encuentra pleno respaldo en la Constitución Política, la que en su artículo 26 que versa sobre los Principios que regulan la relación laboral, en su inciso 3° prevé la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, lo que a su vez tiene total consonancia en el artículo 24 de dicha norma que al tratar sobre los derechos del trabajador nos indica que éste tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual.

Finalmente debo precisar que a tenor de lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 21 del TUO de la Ley N° 27584 Ley que norma el Proceso Contencioso Administrativo, estoy exceptuado de agotar la vía administrativa, ya que he cumplido con cursar comunicación por escrito a la entidad demandada a fin de que cumpla con otorgarme el incremento remunerativo dispuesto por el Decreto Ley N° 25981 desde enero de 1993 a la actualidad, tal como se puede apreciar de la copia de la solicitud N° 17541 presentado por Mesa de Partes de la UGEL Arequipa Sur el 9 de abril del 2015.

c. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA:

1. El artículo 2° del Decreto Ley N° 25981 que otorga un incremento salarial del 10% a aquellos servidores que hayan desempeñado funciones al 31 de diciembre de 1992.
2. Inciso 3° del artículo 26 de la Constitución Política, el cual nos habla sobre la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.
3. Primera parte del artículo 24 de la Constitución Política, el cual al tratar sobre los derechos del trabajador nos indica que éste tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

d. MEDIOS PROBATORIOS:

1. Copia de la solicitud N°17541 de fecha 9 de abril del 2015 por el cual solicitó el otorgamiento del incremento salarial dispuesto por el Decreto Ley 25981 con retroactividad al mes de enero de 1993 a la actualidad.
2. Copia de tres boletas de pago, de los meses de diciembre 1992, enero 1993 y febrero 2015, que demuestran que no percibió el incremento salarial en cuestión.
3. Copia de transcripción de Resolución Directoral N° 777-80-DGEOA, por la cual la demandante es nombrada como Directora a partir del 26 de mayo de 1980.
4. Copia de resolución Directoral N° 931-2006-UGEL.A.S. por la cual la demandante cesó como Docente Coordinadora a partir del 01 de marzo de 2006.

e. AUTO ADMISORIO:

Con fecha doce de mayo del dos mil quince, por medio de la Resolución N° 01-2015, el 3° Juzgado de Trabajo, resuelve admitir a trámite, vía de Proceso ESPECIAL, la demanda contenciosa administrativa, asimismo se dispone por medio de dicha resolución correr traslado de la demanda a la parte demandada por el plazo de DIEZ DÍAS, a efecto que cumpla con apersonarse a proceso y formular su contestación. Se tiene como ofrecidos los medios probatorios que se indican, y se agregan a los antecedentes los anexos presentados por la parte demandante.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 02 de junio de 2015, la demandada, representada por la Procuradora Pública Adjunta Luz Amparo Begazo Burga, se apersona al proceso absolviendo el traslado conferido respecto a la acción contenciosa administrativa. Solicitando que se declare infundada y/o alternativamente improcedente la demanda en todos sus extremos.

a. FUNDAMENTOS DE HECHO

Que, de la revisión normativa se tiene que, si bien dicha disposición fue dictada con carácter general, mediante Decreto Supremo Extraordinario N° 043-93-PCM se precisaron sus alcances, estableciéndose que lo dispuesto en ella no comprendía a los órganos del sector público que financian sus planillas con cargo a la fuente del tesoro público. De esta manera los trabajadores de entidades públicas quedaron excluidos del ámbito del incremento dispuesto, en la medida que las entidades a las que pertenecieran financiarán el pago de sus planillas con recursos del tesoro público.

Que, se debe de precisar que el incremento de remuneraciones dispuesto por su artículo 2, del Decreto Ley N° 25981 fue aplicable en el periodo en el que el referido dispositivo legal estuvo vigente y no con posterioridad a dicho periodo, más aún si este fue derogado mediante Ley N° 26233, como ya se dijo; así mismo en la disposición final única establece que solo es aplicable a los trabajadores que hubieran tenido el incremento de sus remuneraciones durante el periodo en el cual estuvo en vigencia el Decreto Ley N° 25981.

Asimismo, dicho despacho debe de considerar que la demandante no hizo reclamo alguno, sino hasta la interposición de la solicitud administrativa de restitución y regularización de remuneración, por lo que respecto de este tiempo el derecho de la demandante habría caducado y asimismo no puede considerarse la disposición de cálculo de intereses legales ya que no se ha agotado la vía administrativa.

Que, el pago de intereses legales que se pretende no corresponde, pues de ampararse dicho extremo del petitorio debe hacerse efectivo al momento de quedar consentido la sentencia, ello atendiendo que el reconocimiento de su derecho se está estableciendo a partir de la sentencia. Esta posición guarda correspondencia con la resolución aclaratoria expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 191-2003-AC/TC de fecha 12 de noviembre del 2003, en que se señala que, los devengados e intereses legales deberá de realizarse desde la interposición de la demanda, a fin de no poner en riesgo los servicios públicos que presta la demandada e incluso la viabilidad de que se ejecute la sentencia.

Lo que es concordante con lo establecido en los artículos 1333 y 1334 del Código Civil, en cuanto establece que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación y en las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación de la demanda, en consecuencia, la ley no ampara el ejercicio abusivo de un derecho.

La demandada señala que, en virtud del Principio de legalidad Presupuestaria del gasto público, toda sentencia judicial debe sujetarse al procedimiento establecido por el artículo 70 de la Ley 28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto y sus numerales, las cuales establece que el pago de las obligaciones contenidas en mandatos judiciales en contra del sector público, se atenderá dichos conceptos hasta el 3% de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) con excepción de los fondos públicos correspondientes a las fuentes de financiamiento, donaciones y transferencias y operaciones oficiales de crédito interno y externo, la reserva de contingencia y los gastos vinculados al pago de remuneraciones, pensiones y servicios de tesorería y de deuda. Asimismo,

se precisa que conforme al numeral 70.5 de la referida norma los requerimientos de pago que supere los fondos públicos señalados en el numeral 70.1 se atenderán con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco años fiscales subsiguientes.

b. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículos 442 y siguientes del Código Procesal Civil, Ley N° 28411 – Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, Decreto Ley N° 25985, Decreto Supremo Extraordinario N° 043-PCM-93.

C. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Mediante Resolución N° 02 del 01 de julio de 2015 el juez decide tener por no contestada la demanda por parte de la demandada debido a que fueron debidamente notificados con fecha 18 de mayo de 2015 y se procedió a contestar la demanda con fecha 02 de junio de 2015 a pesar que se dio como plazo 10 días para la absolución de la demanda.

Mediante Resolución N° 03 del 01 de julio de 2015, se procedió a dictar el saneamiento del proceso, declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida. Se fijaron como puntos controvertidos determinar si corresponde ordenar a la demandada que emita resolución y si corresponde ordenar a la demandada que cumpla con abonar a favor de la demandante los intereses legales. Se admitieron todos los medios probatorios presentados por la demandante y ninguno de la parte demandada por no haber contestado la demanda. Se prescindió del expediente administrativo debido a que la pretensión es de puro derecho. Se prescindió de la Audiencia de Pruebas al haberse admitido solo pruebas de carácter documental. Se dispuso la remisión del expediente al Ministerio Público para el dictamen de Ley.

2.1.1.2 ETAPA PROBATORIA.

En el presente proceso de divorcio por causal, conforme la Resolución N° 03, al admitirse todos los medios probatorios de la demanda, se dispuso prescindir de la Audiencia de Pruebas por cuanto no hay nada que actuarse, ello debido a que todos los medios de prueba admitidos son de naturaleza documental. Así mismo, corresponde remitir el expediente al Ministerio Público para que emita el dictamen de ley, siempre y cuando no exista medio probatorio pendiente.

Con fecha 12 de agosto de 2015 el Ministerio Público absolvió el traslado emitiendo su opinión de declarar INFUNDADA la acción contenciosa administrativa interpuesta por la demandante. El Ministerio Público considera que para que la demandante pueda acogerse a la excepción del

agotamiento de la vía administrativa debe cumplir los siguientes requisitos mínimos: a) ser un mandato vigente, lo cual no se cumple en el presente proceso debido a que el Decreto Ley N°25981 fue derogado por la Ley N° 26233 que, a su vez, dispone que los trabajadores que obtuvieron el incremento a partir del 01 de enero del 2003 pueden seguirlo percibiéndolo. b) ser un mandato cierto y claro y c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; los cuales, a opinión del Ministerio Público, o se cumplieron.

Mediante Resolución N° 04 del 24 de agosto de 2014, se tiene por absuelto el traslado al Ministerio Público y en mérito al estado del proceso, se ordena ingresar los autos a despacho para sentenciar.

2.1.1.3 ETAPA DECISORIA.

Mediante Resolución N° 05 del 30 de enero de 2015 se emitió la Sentencia N° 1079-2015 la cual resuelve declarar INFUNDADA la demanda sobre acción contenciosa administrativa interpuesta por ANASTACIA GUADALUPE TICONA DE ROJAS en contra la UNIDAD DE GESTION EDUCATIVA AREQUIPA SUR, representado por su Procurador Publico, disponiéndose el archivo del expediente y la devolución de anexos una vez consentida o ejecutoriada la presente sentencia.

2.1.1.4 ETAPA IMPUGNATORIA.

A. APELACIÓN:

Con fecha 07 de diciembre de 2015, la demandante interpone apelación contra la Sentencia N° 1079-2015, alegando que se ha vulnerado el debido proceso puesto que, ante la duda razonable sobre la aplicación de una norma legal, se prefiere la interpretación que favorezca al trabajador, máxime si existe un antecedente dictado por la Corte Suprema de la República de reciente data. Señala además que correspondía la aplicación del Decreto Ley N° 25981 puesto que, tal y como menciona el Art. 138, al existir incompatibilidad entre las normas a aplicar se debe preferir la primera debiendo utilizarse la norma legal respecto de cualquier otra de rango inferior. Así mismo, la demandante solicita la exoneración del pago de tasa judiciales fundado en la Ley N° 27327 que modifica el inciso i) del Art. 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la cual se menciona que están exonerados del pago de tasas judiciales los trabajadores, ex trabajadores y sus herederos en los procesos laborales.

Mediante Resolución N° 06 del 30 de diciembre de 2015, se resuelve conceder recurso de apelación con efecto suspensivo a favor de la demandante, debiéndose elevar los autos al Superior dentro del plazo de ley. Con fecha 10 de marzo de 2016, se emite el Oficio N° 03776-2015-0-0402-

JR-LA-03/RMASP, a efecto de remitir el expediente al Presidente de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Mediante el Dictamen N°1758-2016 de fecha 11 de abril de 2016, se remite el expediente al Ministerio Público para que se emita el Dictamen correspondiente. Con fecha 22 de junio de 2016, el Ministerio cumple con emitir el Dictamen 411-2016-CC-MP-1°FSCF-AR en el cual se el despacho fiscal es de opinión de que se confirme la Sentencia N° 1079-2015 que declara infundada la demanda.

Mediante Resolución N° 7-2SL del cinco de julio de 2016, se tiene por absuelto y se pone a conocimiento de las partes el dictamen remitido por el Ministerio Público y, conforme el estado del proceso, se señala fecha de vista de la causa.

Con fecha 11 de julio de 2016, se realiza el apersonamiento y delegación del nuevo procurador público de la Procuraduría Pública Regional de la Gerencia Regional de educación Arequipa y de la UGEL SUR. Mediante Resolución N° 08 de fecha 20 de julio de 2016 se tiene por apersonado al proceso al Procurador Público.

Mediante Resolución N° 09-2SL del 22 de septiembre de 2016, se dicta la Sentencia de Vista N° 688-2016-2SL la cual confirma la Sentencia N° 1079-2015 debido a que, según el colegiado, no se ha podido probar lo aducido en la demanda.

B. CASACIÓN:

Con fecha 04 de octubre del 2016 la demandante interpuso recurso de casación por la causal de aplicación indebida o interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial. Mediante Resolución N° 10-2SL se ordenó elevar los actuados a la Corte Suprema de Justicia de la República.

Con fecha 28 de julio de 2019 se remite el expediente principal a Juez del Tercer Juzgado de Trabajo Contenciosos Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Mediante Resolución N° 11 del 13 de agosto de 2019 asume la competencia el Magistrado que emite la presente resolución.

La Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la Republica, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 392° del Código Procesal Civil: declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante Anastasia Guadalupe Tocona de Rojas, en consecuencia CASARON la sentencia de vista de fecha 22 de setiembre del 2016; y actuando

en sede de instancia: REVOCARON la sentencia apelada de fecha 30 de octubre del 2015, que declaro INFUNDADA LA DEMANDA; y REFORMANDOLA la declararon FUNDADA la misma; en consecuencia, ordenaron a la demandada cumpla con emitir resolución administrativa reconociendo a favor de la actora el incremento equivalente al 10% de su haber mensual por contribución al FONAVI de conformidad con el artículo 2° del Decreto Ley N° 25981 reconociéndose los montos devengados generados desde enero de 1993, más los intereses legales los que se determinaran en ejecución de sentencia, de acuerdo a lo establecido en la presente resolución; sin costas ni costos, dispusieron la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley, en los seguidos por la demandante Anastasia Guadalupe Ticona Rojas contra la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Sur y otro, sobre otorgamiento de aumento dispuesto por el Decreto Ley N° 25981; y los devolvieron.

C. EJECUCIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 29 de octubre de 2019, la demandante solicitó se ordene a la entidad demandada garantice la continuidad del pago de la suma de dinero reconocida en virtud al incremento salarial dispuesto por el Decreto Ley N° 25981, así mismo, solicitó copias certificadas del expediente. Por medio de la Resolución N° 12 del 06 de diciembre de 2019, se resuelve requerir al Gobernador Regional de Arequipa que cumpla con los pagos mensuales a favor de la parte demandante bajo apercibimiento de iniciarse proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

2.1.2 IDENTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE ORDEN PROCESAL, SUSTANTIVO Y FÁCTICO PROBATORIO.

2.1.2.1 PROBLEMAS JURÍDICOS DE ORDEN PROCESAL.

- a. Determinar si el petitorio de la demanda estaba correctamente formulado y si se encuentra amparado en la Ley N° 25981, determinar los criterios de admisibilidad de la demanda.
- b. Determinar si por el tenor del petitorio era meritorio agotar o no la vía administrativa antes de interponer la demanda.
- c. Se debe desarrollar la participación del Ministerio público en el proceso contenciosos administrativo y analizar la importancia de su rol.

d. Se debe desarrollar las figuras impugnatorias de Apelación y Casación, ello a fin de establecer si fueron o no adecuadamente interpuestas por las partes. Se analizará la resolución de las instancias, forma y fondo

2.1.2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS DE ORDEN SUSTANTIVO.

a. Se debe desarrollar la naturaleza de la remuneración y una breve explicación de los beneficios y obligaciones que se generan a partir del inicio de la relación laboral.

b. Se debe desarrollar las implicancias de una norma auto aplicativa y los efectos jurídicos que producen dentro y fuera de su vigencia.

c. Se deben desarrollar los principios pro homine y pro actione.

2.1.2.3 PROBLEMAS DE ORDEN FÁCTICO PROBATORIO.

El presente proceso contencioso administrativo es de puro derecho por lo que los medios probatorios son documentales, la demandante presentó los medios probatorios suficientes para amparar su pretensión, siendo así que, el juez prescindió de la Audiencia de Pruebas al no encontrar motivación de solicitar mayores medios probatorios.

2.2 ANÁLISIS JURÍDICO.

2.2.1 ANÁLISIS DE ORDEN PROCESAL.

2.2.1.1 ETAPA POSTULATORIA.

a. La acción contenciosa administrativa está amparada por el Art. 148° de la Constitución Política¹¹. Tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico, es la causa que da pie a que Anastacia Guadalupe Ticona Herrera, solicite se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme¹². De forma que, presentó su demanda ante el Juez Especializado en lo Laboral, por medio de la vía especial.

¹¹ Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

¹² Inc. 4 del Art. 5° de la Ley N° 27584.

b. En la interposición de la demanda, la demandante, comete un error al momento de amparar la excepción de agotamiento previo de la vía administrativa, ella cita el inc. 2 del Art. 21° de la Ley 27584, debiendo ser el inc. 2 del Art. 19° de dicha ley:

Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del Artículo 5 de esta Ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliera con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.

Si bien es cierto, existe este error material de parte de la demandante, corresponde, sin embargo, la aplicación de la excepción por cuanto la demandante cumple con presentar la comunicación que realizó a la Directora de la UGEL Arequipa Sur de fecha 08 de abril de 2015. Ingresada por mesa de partes con fecha 09 de abril de 2015. Cabe destacar que la demanda fue presentada el 04 de mayo de 2015, habiendo transcurrido ya más de 15 días de presentado el reclamo.

Así mismo, considero que, el petitorio de la demanda debió revestir mayor tecnicismo de forma que, habiendo planteado de la forma idónea es muy probable que el juez haya fallado en su favor en primera instancia. Así también, debió estar dividido en pretensión principal referido a la solicitud de ordenarle a la UGEL Sur la emisión de la Resolución Directoral que reconoce a la demandante el incremento salarial y como pretensión accesorio la de cumplir con el abono correspondiente a los intereses legales dispuestos.

c. La demanda fue admitida mediante Resolución N° 01 y se dispuso el traslado al Ministerio Público. Si bien es cierto en el año 2019 el Art. 14° que regulaba la intervención del Ministerio Público como dictaminador fue derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30914; al momento de la interposición de la demanda, este artículo se encontraba vigente y mencionaba lo siguiente.

Artículo 14.- Intervención del Ministerio Público

En el proceso contencioso administrativo el Ministerio Público interviene de la siguiente manera:

1. Como dictaminador, antes de la expedición de la resolución final y en casación. En este caso, vencido el plazo de 15 días para emitir dictamen, devolverá el expediente con o sin él, bajo responsabilidad funcional.

2. Como parte, cuando se trate de intereses difusos, de conformidad con las leyes de la materia.

Cuando el Ministerio Público intervenga como dictaminador, el órgano jurisdiccional le notificará obligatoriamente con la resolución que pone fin a la instancia o con la que resuelve la casación, según sea el caso.

La importancia de la participación en el proceso contenciosos administrativo del Ministerio Público se justificó en la garantía de una labor fiscalizadora de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones estatales. (Gutiérrez, 2019)

La Ley 27584 impuso el deber de emitir dictamen fiscal como acto procesal ineludible al interior del proceso (bajo sanción de nulidad), lo que en la práctica se convirtió en un verdadero elemento dilatorio del proceso; por dicho motivo, mediante el Decreto Legislativo 1067 este extremo fue modificado, estableciéndose que, vencido el plazo de quince días para emitir dictamen, se devolverá el expediente “con o sin él”, bajo responsabilidad funcional. Es decir, se aceptó la irrelevancia de la intervención de la Fiscalía, pues la consecuencia de la no emisión del dictamen no es para el proceso (como era antes: bajo sanción de nulidad) sino para el fiscal (responsabilidad funcional). Ello, además, fue advertido por la Defensoría del Pueblo a través del Informe Defensorial 121, cuyo punto 4.3 refiere que la trascendencia del dictamen fiscal en la resolución de los procesos es bastante limitada, además de ser el análisis de la opinión mayoritariamente pobre, no proporcionando mayores luces a lo alegado por las partes. (Gutiérrez, 2019)

d. Así mismo, se corrió traslado de la demanda a la Unidad de Gestión educativa Local Arequipa Sur con emplazamiento del Procurador Público del Gobierno Regional. La cual cumplió con contestar la demanda, sin embargo, el juez resolvió declarar como no contestada debido a que se realizó fuera del plazo previsto en la resolución de admisión de la demanda.

2.2.1.2 ETAPA PROBATORIA.

En el presente proceso de divorcio por causal, conforme la Resolución N° 03, al admitirse todos los medios probatorios de la demanda, se dispuso prescindir de la Audiencia de Pruebas por cuanto no hay nada que actuarse, ello debido a que todos los medios de prueba admitidos son de naturaleza documental.

2.2.1.3 ETAPA DECISORIA.

a. El juez ha tenido en consideración lo que menciona el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 3529-2003-AC declara infundada una demanda con la misma pretensión, bajo la siguiente consideración: “1. El Decreto Ley N° 25981 cuyo cumplimiento pretende el recurrente, fue derogado por la Ley N° 26233 y si bien la única disposición final de esta última ley establecía que los trabajadores que por aplicación del artículo 2° del Decreto Ley N° 25981 otorga un incremento de sus remuneraciones a partir del me 1993, continuaran percibiendo dicho aumento, el recurrente no ha acreditado que alguna vez haya obtenido el incremento en su remuneración”. En el caso de autos la parte demandante tampoco acredito haber percibido el incremento del 10%.

b. Así mismo, cita la Casación N° 3815-2013-AREQUIPA, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la Republica, señala que se ha otorgado el incremento contenido en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25981 bajo el sustento que por tener la citada norma la naturaleza de auto aplicativa, lleva implícita en ella un acto de ejecución, por lo que sus efectos se producen con la sola entrada en vigencia de la norma puesto estos producen efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derecho. Al respecto este despacho no coincide con tal posición, dado que conforme a la definición contenida en el segundo párrafo del artículo 3° del Código Procesal Constitucional: “Son normas auto aplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez entrado en vigencia resulta inmediata e incondicional”.

c. Que en el caso concreto para la ejecución de la norma se requería el cumplimiento de ciertas condiciones que la misma exigía, por lo que es evidente que esta no tiene la naturaleza de inmediata e incondicional, por tanto no se trata de una ley auto aplicativa, pues al no declarar un derecho sino más bien otorgar un beneficio de carácter económico, requería de una actividad administrativa posterior a fin de individualizar a los aportantes beneficios y hacer efectivo el incremento otorgado en cada caso concreto, más aun como se ha desarrollado precedentemente, el análisis normativo nos lleva a la conclusión que a la entrada en vigencia del citado Decreto Ley N° 25981 no todo el universo de trabajadores dependientes con contrato vigente al 31 de diciembre de 1992 estaba obligado a efectuar aportes de FONAVI y por tanto tenía afectadas sus remuneraciones por la citada contribución . En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, respecto a la naturaleza de las leyes auto aplicativas, en la sentencia expedida en los expedientes N° 07261-2013-PA/TC y N° 07562-2013-PA/TC, sobre inaplicabilidad de la Ley N° 29944 – Ley de Reforma Magisterial entre otras.

d. Que la casación mencionada, no habría fijado principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativo y por lo tanto lo resuelto no constituye precedente vinculante para este despacho conforme al artículo 37° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, teniendo solo fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo conforme el último párrafo del artículo 396° del Código Procesal Civil; por tanto este despacho asume la posición adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 3529-2003-AC que declara infundada una demanda con la misma pretensión.

e. En ese sentido como aparece de autos tal como fluye de la resolución administrativa y boletas de pagos adjuntos por la parte demandante, se establece que si bien la parte demandante prestaba servicios dependientes, con contrato vigente el 31 de diciembre de 1992 y que sus remuneraciones estaban afectas por la contribución al FONAVI, lo es también que los mismos documentos u otros adjuntando en autos, no se encuentra probado que por aplicación del citado Decreto Ley, haya obtenido y/o percibido materialmente dicho incremento, por tanto resulta infundado que pretenda al amparo de la citada disposición legal, percibir y/o obtener por el periodo de vigencia de la norma el citado incremento, o seguirlo obteniendo y/o percibiendo en el tiempo. En consecuencia, corresponda declararse infundada la pretensión contenida en la demanda, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 200° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente proceso; asimismo, conforme lo previsto por el artículo 87° del Código Procesal Civil, al no haberse amparado la pretensión principal la accesoria debe desestimarse.

2.2.1.4 ETAPA IMPUGNATORIA.

A. APELACIÓN:

a. El colegiado, al igual que el juez de primera instancia, reafirman lo mencionado por el Tribunal Constitucional mediante sentencia emitida en el expediente N° 3529-2003-AC/TC, fundamento único, ha señalado que. “El Decreto Ley N° 25981 cuyo cumplimiento pretende el recurrente, fue derogado por Ley N° 26233 y si bien la única disposición final de esta última ley establecía que los trabajadores que por aplicación del artículo 2° del Decreto Ley N° 25981, obtuvieron un incremento de sus remuneraciones a partir del 1 de enero de 1993, continuarían percibiendo dicho aumento, el recurrente no ha acreditado que alguna vez haya obtenido tal incremento en su remuneración”, declarando infundada la demanda de cumplimiento presentada en sentido semejante al que motiva el presente proceso.

b. La lectura del petitorio de la demanda que motiva el presente proceso, transcrito en el fundamento tercero de esta resolución, evidencia que el pretendido incremento de remuneración en una suma equivalente al diez por ciento del haber mensual del demandante que este afecto a la contribución del FONAVI, se sustenta en un dispositivo legal que ha sido derogado; además, no se ha acreditado haber obtenido dicho incremento desde el enero de 1993, como aparece de la boleta de pago del actor de página cinco siendo evidente que no se encuentra bajo los alcances de la última disposición final de la ley N° 26233, que deja a salvo el derecho de los trabajadores que obtuvieron este incremento, de continuar percibiendo en lo sucesivo, como lo ha decidido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3529-2003-AC/TC, anteriormente citada.

B. CASACIÓN:

a. Que las normas descritas en los considerandos que anteceden pertenecen al grupo de normas auto aplicativas, definidas como aquellas que llevan incorporadas en sí misma un acto de ejecución de modo tal que sus efectos jurídicos inmediatos es la esfera jurídica de los sujetos de derechos, no siendo necesario de actos posteriores y concretos de aplicación para que generar efectos. Su simple entrada en vigor, crea, modifica o extingue una situación concreta de derechos o generan una obligación de hacer, de no hacer o de dejar de hacer, vincula a personas determinadas por las condiciones, circunstancias y posición en que se encuentran, y siempre que el cumplimiento de esta obligación o la sujeción a esa condición jurídica, no esté condicionada por la realización de acto alguno de individualización de la norma.

b. Por otro lado, de la lectura de la única disposición final de la Ley N° 26233, se desprende que la única condición para seguir percibiendo el incremento otorgado por el Decreto Ley N° 25981, es que el trabajador haya obtenido desde el 01 de enero de 1993, el incremento de sus remuneraciones en virtud de la aplicación del artículo 2° del precitado decreto ley.

c. Que, para el cumplimiento de lo contenido en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25981 publicado el 22 de diciembre de 1992, se establece dos condiciones: i) Ser trabajador dependiente con remuneración afecta a la contribución del FONAVI Y II) Gozar del contrato de trabajo vigente al 31 de diciembre de 1992.

d. De la revisión de la Resolución Directoral N° 00931 de fecha 20 de marzo del 2006, se observa que fue cesada a su solicitud a partir del 01 de marzo del 2006 de la carrera pública magisterial y se le reconoce 29 años, 8 mes y 17 días de tiempos de servicios, conforme se observa de su boleta de pago que obran autos, es decir, que al 31 de diciembre de 1992 tenía la condición de trabajadora

dependiente y su remuneración estaba afecta a la contribución del FONAVI conforme se advierte a la boleta del mes de diciembre de 1992 de fojas 4 siendo así le corresponde el beneficio establecido en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25981

e. En tal sentido de la boleta de pago de diciembre de 1992 y el contrato vigente al 31 de diciembre de 1992, tal como se ha acreditado en autos, pero que, por negligencia u omisión de su empleadora, no se le incrementó u remuneración como ordenaba el artículo 2° del Decreto Ley N° 25981, no obstante ser una norma auto aplicativa como ya se precisó; además por cuanto conforme a lo previsto en el inciso 2) y 3) del artículo 26° de la Carta Magna.

f. De lo precedentemente expuesto se verifica que la sentencia de vista ha incurrido en infracción normativa del artículo 2° del Decreto Ley N° 25981 y de la Única Disposición Final de la Ley N° 26233, al haber interpretado en forma errónea las normas señaladas, siendo ello así, el recurso interpuesto deviene en fundado.

2.2.2 ANÁLISIS DE ORDEN SUSTANTIVO.

2.2.2.1 . REMUNERACIÓN

El Art. 24 de la Constitución Política menciona lo siguiente:

“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.”

Habiendo nacido la relación laboral entre el empleador y el trabajador se generan derechos, obligaciones y deberes en los dos bandos, siendo así que, la Constitución contempla lo siguiente en el Art. 26°:

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Es así que, derivado de la relación laboral nace el derecho del trabajador a recibir una remuneración y del empleador de cumplir con dar una remuneración, el Art. 6° del Decreto Supremo N° 003-1997-TR define la remuneración de la siguiente manera:

Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto

Es meritorio desarrollar todo en cuanto respecta a la remuneración ya que, el derecho afectado en el presente proceso corresponde a la negativa de brindar parte de este beneficio el cual fue incrementado en su debido momento y no se otorgó a la demandante vulnerando así un derecho constitucional.

2.2.2.2 . NORMAS AUTO APLICATIVAS

El Decreto Ley N°25981 resulta ser una norma auto aplicativa, la cual por su naturaleza es, tal y como menciona Castillo-Cordova (2004), en sí misma la vulneradora de un derecho constitucional.

Estas normas se definen como aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un principio de ejecución, de modo tal que la afectación al derecho constitucional se produce con la sola entrada en vigencia de la norma y, por tanto, sin necesidad de actos posteriores. (Castillo-Cordova, 2004) En palabras del Tribunal Constitucional, son normas que “no requieren de reglas jurídicas intermedias o de actos de ejecución posteriores a su entrada en vigencia para generar un efecto directo” debido a que se trata de normas “creadora[s] de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación.” De manera que son normas operativas o de aplicación inmediata “aquellas cuya eficacia no se encuentra sujeta a la realización de actos posteriores de aplicación, sino que la adquieren al tiempo de entrar en vigencia”

(...) “Una norma auto aplicativa, definida como aquellas normas que “no requieren de reglas jurídicas intermedias o de actos de ejecución posteriores a su entrada en vigencia para generar un efecto

directo”⁸, pues se trata de normas “creadora[s] de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación”, normas “cuya eficacia no se encuentra sujeta a la realización de actos posteriores de aplicación, sino que la adquieren al tiempo de entrar en vigencia”. Sin embargo, este artículo 3 CPC no puede ser interpretado como si dejase sin efecto para las normas auto aplicativas la exigencia constitucional del juez de inaplicar al caso concreto la norma que considere inconstitucional (artículo 138 CP).”

2.2.2.3 . PRINCIPIOS PRO HOMINE Y PRO CTIONE

Se deben tener en consideración los principios que procederemos a desarrollar:

Por otro lado, debe tenerse en consideración que los jueces, al momento de resolver un recurso, deben tener siempre presente las normas que regulan el sistema recursivo aplicando el principio “*pro actione*”: es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, a la pluralidad de instancia, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito.” En este sentido, y por extensión, este Colegiado considera que la interpretación de la resolución materia de cuestionamiento resulta acorde con los principios *pro homine* y *pro libertatis*, según los cuales, ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho.

El principio *pro actione* es uno de esos principios que conducen a una adecuada ampliación de la norma procesal. Su operatividad permite una interpretación mas profunda de la norma además de la puesta en marcha de la tutela judicial efectiva. Es importante resaltar que los principios generales del derecho y la jurisprudencia, son una fuente importante dentro del derecho interno. En el caso del principio *pro actione*, es admitido por razón de materia, y su utilidad es interpretativa. En consecuencia, no detenta la posición de principio general, pero si de principio por razón de materia

Una definición clásica del principio *pro persona* se encuentra en el ámbito latinoamericano en la obra de Mónica Pinto, quien señala: “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de

los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.” (Pinto, 2007)

3 CONCLUSIONES.

3.1 CONCLUSIONES DEL EXPEDIENTE CIVIL.

Con respecto al expediente civil puedo concluir que, en principio la demanda presentaba errores que no fueron advertidos por el juez. Así mismo, los medios probatorios presentados por el demandante eran incongruentes y contradictorios con los fundamentos que se plantearon en la demanda, de tal forma que incluso se acusa a la demandada de haber vendido un inmueble que no era de su propiedad a pesar de que el mismo demandante, que es el único titular del inmueble, participó como vendedor. Lo anterior mencionado fue justificante para la solicitud de indemnización, punto que no fue resuelto por el juez a pesar de que la norma señala que, aunque no se solicitara, se debe determinar quién es el cónyuge perjudicado. El medio probatorio fue únicamente utilizado por el juez para evidenciar que se hizo una declaración sobre el domicilio de las partes, las cuales, hasta el momento conservaban el mismo domicilio, el conyugal.

El juez tuvo un acierto con la valoración de la denuncia de abandono de hogar, en mi consideración, este es un mero tema de interpretación, porque si bien es cierto, a pesar de que el abandono del hogar no constituye un delito y no debe seguir el proceso penal como tal, debe existir una constatación formal de los hechos declarados en la denuncia, medio probatorio que no fue anexado a la demanda, presumiendo que no existió por lo que se consolidaría como una sola declaración de parte sobre el abandono del hogar. En la apelación de la demanda el colegiado, sin embargo, valora dicho medio probatorio para determinar la separación de hecho de las partes, ello en consideración de que es documento idóneo para acreditar la separación de cuerpos, muy, sobre todo, si la parte demandada no ha ofrecido medio probatorio alguno para acreditar que ambas partes continuaron haciendo vida en común.

Algo a puntualizar del proceso, es que se omitió, incluso en la Casación, hacer mención sobre la indemnización, no se determinó al cónyuge perjudicado, lo cual, en mi consideración, al no determinar cónyuge perjudicado ni fijar indemnización alguna, la presente Sentencia Casatoria como la Sentencia de Vista, vulneraron lo dispuesto por el Art. 345°-A del CPC. Lo anterior teniendo en consideración que, la casación no reviste una instancia más, sino más bien, considero que es un órgano

de control del debido proceso y la tutela efectiva, la misma que debe velar por el cumplimiento estricto de las normas procesales.

Finalmente, con lo resuelto en casación se da por finalizado el proceso, el cual fue positivo para la parte demandante resultando así, disuelto el vínculo matrimonial, feneciendo los beneficios que conservaba la demandada respecto a la pensión de alimentos. Se cumplió con hacer el envío respectivo de los partes judiciales a las distintas instancias administrativas a fin de formalizar el divorcio.

3.2 CONCLUSIONES DEL EXPEDIENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Como hemos podido ver en el análisis del proceso, la interposición de la demanda tenía defectos técnicos lo cual no contribuyó con llegar a una conclusión temprana del proceso siendo que, se llegó hasta casación. El petitorio debió ser desglosado en retención principal y accesorio, así mismo, el amparo del mismo proceso fue erróneo en la demanda, pero a pesar de ello, por los principios pro homine y pro actione se admitió la demanda y posteriormente, ya en la última instancia se falla a favor de la demandante.

Así mismo cabe destacar que, en todas las instancias del proceso hubo una debida motivación de las resoluciones. Resaltando así al juez de primera instancia el cual fundamentaba en sus resoluciones cada punto a decidir. Sin embargo, las dos primeras instancias tienden a brindar una interpretación errónea de la norma laboral contenciosa administrativa relacionada a la petición formulada por la demandante, la cual fue al ser analizada erróneamente trajo como resultado las conclusiones contenidas en la parte resolutive, por lo que no se brindó la debida protección de los derechos laborales de la demandante.

Finalmente, la decisión contenida en la casación, resulta ser clarificante respecto al petitorio formulado por la parte demandante, habiéndose realizado un análisis adecuado dentro del contexto del Derecho Administrativo Laboral, habiendo utilizado para ello la doctrina y la jurisprudencia.

4 BIBLIOGRAFÍA.

Alverenga, Edwin (2021) EL PRINCIPIO PRO ACTIONE COMO CRITERIO DE INTERPRETACION PARA ACCEDER AL PROCESO JUDICIAL ISSN: 2521-5159 (En Línea) Revista de Derecho. Vol. 42, No. 1, Año 2021

Casación N° 3689-2001-Lambayeque, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 23 de octubre de 2002, p. 27.

Casación N° 2178-2005-Lima, 13 de marzo de 2007, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Casación N° 220-2004-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 1 de junio de 2006

Casación N° 2239-2001-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 31 de enero de 2003

Casación N° 308-2003-Ica, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 31 de marzo de 2004

Casación N° 719-97-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, 23 de octubre de 1998

CODIGO CIVIL DECRETO LEGISLATIVO N° 295 (1984) Congreso de la República

CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES LEY N° 27337 (2000) Congreso de la República

Constitución Política del Perú (1993)

DECRETO SUPREMO N° 010-2007-EF

Expediente N° 264-94, Sala Civil, Lima

Expediente. N.° 02061-2013-PA/TC, Cusco

García-Briceño, Dante (2014) REFLEXIONES SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO. Repositorio Institucional Pirhua. Pp.03

Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo LEY N° 27584 (2001) Congreso de la República

Nuevo Código Procesal Constitucional LEY N° 31307 (2021)

PINTO, M. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.), La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, p.163.

TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS (1993) Ministerio de Justicia