

La demanda de entrega de un menor, aunque se pretenda con élla variar la forma de prestar alimentos, importa siempre el ejercicio de una nueva acción.

Recurso de nulidad interpuesto por don Emilio Vásquez, en la causa que sigue con doña Francisca García, sobre entrega de menor

Procede de San Martín. —

SENTENCIA DE VISTA

Moyobamba, 30 de diciembre de 1943

Autos y vistos; con los pedidos que se separarán y devolverán; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal; y considerando: que la solicitud de fs. 3 de don Emilio Vásquez Herrera para que doña Francisca Sánchez le entregue al menor hijo de ambos Max Henry Vásquez y García, se funda en el acta transaccional de 8 julio de 1935, que en copia certificada corre a fs. una; que dicha transacción quedó sin efecto por lo resuelto en la ejecutoria superior de 5 de abril de 1940, corriente a fs. 53 del juicio seguido entre las mismas partes sobre cambio en la forma de prestar alimentos al menor ya mencionado; que la misma ejecutoria al declarar sin lugar la demanda de don Emilio Vásquez Herrera para la entrega de su menor hijo, dejó a salvo el derecho del actor para recogerlo cuando cumpliera siete años de edad; que tal declaración no ordena la

entrega del menor, sino que difiere la resolución del derecho invocado al nuevo juicio en el cual se decidirá la cuestión controvertida mediante la apreciación de las pruebas que se produzcan; que por lo tanto, no se trata de exigir el cumplimiento de una transacción o de una ejecutoria sino del planteamiento de una nueva demanda sobre entrega del menor Max Henri Vásquez por haber cumplido los siete años de edad, como lo insinúa la expresada ejecutoria a cuyo fundamento el demandante puede agregar los que estime conveniente a su derecho; que por consiguiente, el Juez debió tramitar la demanda de fs. 3 con arreglo a su naturaleza; que al tramitar y resolver la solicitud mencionada como cuestión incidental, no se ha citado formalmente la demanda, se ha omitido la contestación tácita o expresa de la demanda, y su recepción a prueba, incurriéndose en los vicios de nulidad prescritos en los incisos 4o., 8o., y 13o., del art. 1085 del C. de P. C.; que por otra parte el auto de fs. 39 vuelta amplía la resolución de fs. 22 vuelta contra lo dispuesto en el art. 1078 del mencionado cuerpo de leyes: revocaron el auto de fs. 39 vta., su fecha 12 de mayo de 1943, que declara sin lugar la nulidad deducida a fs. 38 por el apoderado de doña Francisca García Sánchez, la que declararon fundada: declararon nulo el proveído de fs. 3 vlt., su fecha 18 de marzo de 1942, así como todo lo actuado desde la citada foja; mandaron que el Juez provea la demanda de fs. 3 conforme a su naturaleza; llamaron la atención al Juez suplente Dr. Carrasco sobre lo dispuesto en el art. 1078 del C. de P. C. y los devolvieron.

Tres rúbricas de los señores Vocales que formaron la Sala.

DICTAMEN FISCAL

Señor :

Emilio Vásquez Herrera, fué demandado por Francisca García Sánchez para el pago de pensión alimenticia a favor del hijo menor de ambos, lo que se ordenó; y posteriormente el primero demandó a la segunda para la entrega del menor, habiendo resuelto el Tribunal que no procedía tal entrega, sin perjuicio del derecho del padre para reclamar a su hijo cuando cumpliera los siete años; y apoyado en esto último, Vásquez pide al Juez que ordene notificar a la García para que le entregue a su menor hijo porque ya cumplió los siete años; y el Juez después de mandar poner en conocimiento de la última el pedido, resuelve que es procedente, en el auto de fs. 22 que por quedar consentido ha dado lugar a la serie de apremios librados contra la García para dicha entrega; pero el personero, acude a fs. 38 deduciendo la nulidad de todo lo actuado, y así lo resuelve el Juez Suplente, pero en forma tal que el mismo personero apela a fs. 41 y Vásquez a fs. 42, resolviendo el Tribunal de conformidad con el dictamen de su Fiscal en el sentido de revocar el auto expedido por el Suplente; declara nulo el proveído de fs. 3 y todo lo actuado, mandando que el Juez provea la demanda conforme a su naturaleza. El personero de Vásquez hace valer recurso de nulidad, concedido a fs. 61. La partida

de fs. 10 y el testimonio de fs. 43 establecen la menor edad del hijo, y que el demandante es el padre; pero como la solicitud de fs. es una demanda sobre la forma de prestar alimentos, o sea teniendo a su lado al alimentado, ella debe sustanciarse como lo manda la ley, o sea por los trámites del juicio de menor cuantía; al haberse omitido esa tramitación, y sustanciado la demanda como un incidente, se ha incurrido en nulidad que está bien declarada por el auto cuya No nulidad debe declarar esta Suprema Corte.

Lima, 10 de abril de 1944.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 15 de abril de 1944.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal; por los fundamentos de la resolución recurrida: declararon no haber nulidad en el auto de vista que revocando el apelado declara fundada la nulidad deducida a fs. 38 por el apoderado de doña Francisca García, en la causa seguida con don Emilio Vásquez, sobre entrega de menor; insubsistente el proveído de fs. 3 vlt. y todo lo actuado desde dicha foja; man-

daron que el Juez provea la demanda corriendo traslado a la demandada; y los devolvieron.

Zavala Loaiza. — Benavides Canseco. — Velarde Alvarez. — Samanamud.

Mi voto es de acuerdo con la precedente resolución en cuanto a la nulidad de lo actuado; pero respecto a la tramitación que debe darse a la solicitud del padre para la entrega del menor, me pronuncio de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; en razón de ser de aplicación el art. 1038 del C. de P. C desde que el reclamo del padre no tiene otro objeto que variar la forma de prestar alimentos.

Frisancho.

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 15 de 1944.
