

En los juicios de divorcio el trámite obligatorio de la consulta al Superior permite que mientras dicha consulta no sea resuelta la demandada pueda desistirse de su acción reconvenzional.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Iquitos, a fs. 2, don Reynaldo Urrelo del Castillo demanda a su esposa doña Jobita Herlinda Ruiz Vega, sobre divorcio por la causal de abandono.

En el acto de comparendo, cuya acta obra a fs. 5 vta., la demandada negó la acción y reconvino para que se declarara dicho divorcio por las causales de adulterio y abandono en que había incurrido el actor.

Seguido el juicio con arreglo a su naturaleza a fs. 34 vta., el Juez de la causa pronuncia sentencia, declarando infundada la demanda y fundada la reconvección y, en consecuencia, disuelto el referido vínculo matrimonial, señalando el régimen familiar y alimentario respectivo.

Elevado en consulta dicho fallo y encontrándose los autos en poder del señor Fiscal de la Corte Superior de Loreto, para dictamen, a fs. 43, doña Jovita Ruiz de Urrelo formula desistimiento de la reconvección que planteara en el acto del comparendo.

El Tribunal Superior de Loreto, de conformidad con el dictamen de su Fiscal, por resolución de fs. 46, vta., declaró procedente dicho desistimiento y declaró también insubsistente la apelada en cuanto declaraba fundada la referida reconvección y la confirmó en parte que declaraba infundada la demanda de fs. 2.

El demandante interpone recurso de nulidad por ante el Supremo Tribunal.

Con la partida de fs. una resulta comprobado que don Rey-

naldo Urrelo del Castillo y doña Jobita Herlinda Ruiz Vega contrajeron matrimonio civil el 16 de Noviembre de 1940 y con la de fs. 32 que de dicho matrimonio nació el 1º de Diciembre de 1944 la menor Modesta Urrelo Ruiz.

Del expediente acompañado aparece que con fecha 29 de Diciembre de 1945 doña Jobita de Urrelo interpuso demanda de alimentos contra su cónyuge don Reynaldo Urrelo del Castillo y que por sentencia ejecutoriada de la Corte Superior de Loreto, de fs. 50, se estableció que este último debía acudir a aquella con la pensión alimenticia mensual y adelantada de S/. 120.00.

Finalmente, con las partidas de fs. 7 a 11, está acreditado que el actor ha procreado con doña Otilia Pezo Martínez, encontrándose vigente su matrimonio con doña Jobita Ruiz, a los menores Socorro, Clotilde, Reynaldo, Isabel y Olga Doris Urrelo Pezo, nacidos el 11 de Enero de 1947, el 8 de Enero de 1948, el 5 de Febrero de 1949, el 9 de Julio de 1950 y el 19 de Julio de 1957, respectivamente.

Concluida en primera instancia la tramitación de un juicio, con la sentencia del Juez, aún cuando ella tenga que ser consultada, como en el presente caso, ya no procede el desistimiento de la acción reconvenzional, porque está de por medio un fallo que ha resuelto la controversia, que no puede ser desacatado por las partes que se sometieron expresamente a la decisión judicial y que no puede ser modificado sino por el Tribunal revisor.

A mayor abundamiento, en el caso sub-judice es de aplicación lo dispuesto en el Art. 265 del C. de P. C., según el cual no pueden desistirse de la acción los que intentan eludir por ese medio el provecho que pudiera resultar a su adversario.

A los efectos de la admisión del desistimiento, resulta, impertinente lo estatuido en el Art. 287 del C. C. porque de autos no parece probable que los cónyuges se reconcilien, y por lo tanto carece de importancia el argumento esgrimido en ese sentido por el señor Fiscal de la Corte Superior de Loreto.

Por tales razones, este Ministerio es de parecer que se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista, en cuanto declara procedente el desistimiento de la reconvección formulado por la demandada; que reformándola en este punto se declare improcedente dicho desistimiento; que se declare NULA la referida sentencia en la parte que declara insubsistente la de primera instancia que declaraba fundada la aludida reconvección; y que

se mande que la Corte Superior de Loreto absuelva el grado, con arreglo a ley, aprobando o desaprobando la consultada.

Lima, 2 de Setiembre de 1959.

VELARDE ALVAREZ.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiuno de Abril de mil novecientos sesenta.

Vistos; en discordia; con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos del dictamen de fojas cuarenticinco; y considerando además: que el trámite obligatorio de la consulta al Superior determina que mientras ésta no sea resuelta, los interesados pueden desistirse de aquella parte de la sentencia que les favorece: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fojas cuarentiséis vuelta, su fecha veintiocho de Marzo de mil novecientos cincuentinueve, en la parte materia del recurso que dá por desistida a doña Jobita Ruiz Vega de Urrelo de la reconvencción planteada en el acto del comparendo de fojas cinco y en consecuencia insubsistente la de Primera Instancia de fojas treinticuatro vuelta, su fecha trece de Octubre de mil novecientos cincuentiocho, en cuanto declara fundada la referida reconvencción en los seguidos con don Reynaldo Urrelo del Castillo, sobre divorcio; con lo demás que contiene y es materia del recurso; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron. --- GARMENDIA. --- CEBREROS. --- GARCIA RADA. --- EGUREN. --- Walter Ortiz, Secretario.

El Secretario, que suscribe, certifica: que los fundamentos del voto de los señores GARMENDIA; CEBREROS y GARCIA RADA, además de los de la resolución que antecede son los siguientes: que el recurso de fojas cincuentiuna acredita que la apelada al declarar fundada la reconvencción, favorece las pretensiones del actor, pero como se fundamenta en la causal del adulterio del demandante la improcedencia del desistimiento implicará declarar el divorcio fundándola en hecho propio, lo que es contrario a lo establecido en el artículo doscientos cuarentinueve del Código Civil. --- Walter Ortiz, Secretario.

Nuestro voto de conformidad con el dictamen del señor Fiscal y por sus fundamentos, es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que declara procedente el desistimiento de la reconvencción formulado por la demandada; reformándola en este punto: se declare improcedente dicho desistimiento. -- ALVA. -- LENGUA. -- Se publicó conforme a ley. -- Walter Ortiz.— Secretario.

Causa N° 181/59. — Procede de Loreto.