

**Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 950 – 2012  
LAMBAYEQUE**

**DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

Lima, nueve de julio  
del año dos mil doce.-

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número novecientos cincuenta – dos mil doce, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Silvia Miriam Aspíllaga Bellodas mediante escrito obrante a fojas ciento noventa y uno, contra la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque obrante a fojas ciento ochenta y cuatro, su fecha dos de diciembre del año dos mil once, que confirma la sentencia apelada obrante a fojas ciento cuarenta seis, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesta por Ismael Riojas Valdera, disuelto el vínculo matrimonial, fenecido el régimen de sociedad de gananciales, y declara que no corresponde señalar indemnización de daños y perjuicios a favor de alguno de los cónyuges, en razón a que ninguno ha alegado que tenga la calidad de cónyuge más perjudicado. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha quince de mayo del año dos mil doce, por la causal de infracción normativa prevista en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia que: Se ha infringido el **artículo trescientos cuarenta y cinco - A segundo párrafo del Código Civil**, que precisa que el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho; sin embargo, la Sala Superior se aparta de la aplicación imperativa de la mencionada norma y ha dejado desamparada a la recurrente, más aun si existen pruebas suficientes que demuestran que fue el demandante quien se retiró del hogar conyugal, dejando a la suscrita asumir el doble papel de padre y madre para sus hijos, por lo que le asiste el derecho a recibir una indemnización; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, conforme aparece de la revisión de

**Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 950 – 2012  
LAMBAYEQUE**

**DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

actuados, Ismael Riojas Valdera interpuso demanda de divorcio por las causales de separación de hecho y de imposibilidad de hacer vida en común, para efectos de que se declare disuelto el vínculo matrimonial contraído con Silvia Miriam Aspíllaga Bellodas el día veinte de diciembre del año mil novecientos noventa y uno ante la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, así como el fenecimiento de la sociedad de gananciales. Sostiene que dentro de la relación marital procrearon dos hijos, Jawer Ismael Riojas Aspíllaga y la menor de iniciales L.D.R.A., nacidos el día trece de setiembre del año mil novecientos noventa y dos y treinta de setiembre del año mil novecientos noventa y siete, respectivamente. Agrega que debido a la incompatibilidad de caracteres, procedió a su retiro voluntario del hogar conyugal el día veintidós de agosto del año dos mil uno, dejando a la demandada y sus hijos en posesión de los bienes adquiridos durante el matrimonio, incluido el inmueble sito en la manzana Y, lote Veintiuno del Pueblo Joven Ampliación Fanny Abanto Calle, inscrito en la Partida Registral número P uno cero cero tres uno uno tres cuatro de la Oficina Registral de Lambayeque. Asimismo, sostiene que la demandada le inició proceso de alimentos ante el Quinto Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Expediente número seiscientos cuarenta y nueve – dos mil dos, obteniendo a su favor sentencia en la que se ordenaba la retención del cuarenta por ciento de su haber mensual, la que posteriormente fue variada en el Expediente número cuatrocientos dos – dos mil cuatro seguido ante el Sexto Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, fijándose una asignación mensual ascendente a ciento setenta y cuatro nuevos soles con setenta y cuatro céntimos -S/.174.74-; y actualmente, siguen ante el Sexto Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque demanda de aumento de alimentos, Expediente número ochocientos doce – dos mil ocho, la misma que aún se encuentra en trámite, siendo que la existencia todos estos procesos judiciales entre las partes acreditan la imposibilidad de hacer vida en

**Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 950 – 2012**

**LAMBAYEQUE**

**DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

común. **SEGUNDO.-** Que, mediante resolución obrante a fojas cuarenta y tres, se declaró la rebeldía de la demandada Silvia Miriam Aspíllaga Bellodas, no obstante lo cual aquélla, conjuntamente con su abogado, se hicieron presentes el día fijado para la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, según aparece del acta obrante a fojas cincuenta y seis, participando en la etapa conciliatoria, sin que la misma llegara a concretarse, declarándose el juzgamiento anticipado del proceso y quedando expedido el derecho de las partes para que pudieran presentar sus alegatos escritos dentro del término de ley, los cuales sin embargo no fueron presentados por ninguno de ellos. Asimismo, se solicitaron y remitieron los originales de los Expedientes números seiscientos cuarenta y nueve – dos mil dos y cuatrocientos dos – dos mil cuatro, así como copias certificadas del Expediente número ochocientos veintidós – dos mil ocho, que obra en autos de fojas setenta y cinco a ochenta y cinco. **TERCERO.-** Que, al expedir sentencia de primera instancia, la Jueza de la causa declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, improcedente la misma pretensión por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, fenecido el régimen de sociedad de gananciales, asignando la exclusividad de la patria potestad y tenencia de la menor de iniciales L.D.R.A. a favor de la madre, sin perjuicio de fijar un régimen de visitas a favor del padre, declarando que en este proceso no corresponde la asignación de una indemnización por daños a favor de uno de los cónyuges porque ninguno ha alegado que tenga la calidad de cónyuge más perjudicado; conforme a las siguientes consideraciones: **i)** Con la certificación policial obrante a fojas seis, se acredita que el actor hizo retiro voluntario del hogar con fecha veintidós de agosto del año dos mil uno, aseveración que no ha sido rebatida por la demandada y que se corrobora con la existencia de los procesos judiciales números seiscientos cuarenta y nueve – dos mil dos, cuatrocientos dos – dos mil cuatro y ochocientos veintidós – dos mil ocho, los que prueban la contienda entre las partes y que la separación de los cónyuges ha sido ininterrumpida, por lo que

**DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

corresponde amparar la pretensión de divorcio por la causal de separación de hecho; **ii)** De otro lado, la pretensión de divorcio por la imposibilidad de hacer vida en común debe desestimarse, pues resulta completamente inviable que en una misma resolución se ampare el divorcio por una causal objetiva y además, por una o varias causales inculpatorias, debido a que ambas producen efectos distintos; **iii)** Asimismo, corresponde declarar el fenecimiento de la sociedad de gananciales de conformidad con el artículo trescientos dieciocho inciso tercero del Código Civil, procediéndose al previo inventario y posterior liquidación de los bienes en etapa de ejecución de sentencia; **iv)** Que, en cuanto a lo dispuesto en el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil ha establecido que el Juez está habilitado para fijar de oficio una indemnización o adjudicación de bienes a favor de uno de los cónyuges; no obstante, en la misma sentencia se ha advertido que para que el juzgador pueda proceder de este modo, el cónyuge que considere tener derecho a una indemnización debe haber expresado de alguna forma, y en el curso del proceso, hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o el divorcio en sí, a efectos de que el otro consorte pueda ejercer debidamente su derecho de defensa. En el caso que se examina, ninguno de los consortes ha alegado que tenga la condición de cónyuge más perjudicado, y tampoco se han incorporado al proceso ningún elemento que hubiera permitido inferir que alguno de los cónyuges fue el más perjudicado con la frustración del matrimonio, por lo que no procede fijar indemnización a favor de alguno de los justiciables; y, **v)** Finalmente, advirtiéndose que desde la separación de hecho fue la madre quien asumió la tenencia de la menor de iniciales L.D.R.A., y estando a la conformidad implícita evidenciada por el actor, la patria potestad y la tenencia deben ser confiadas a la madre, correspondiendo que a favor del padre se regule un régimen de visitas. **CUARTO.-** Que, la demandada Silvia Miriam Aspíllaga Bellodas apeló la sentencia de primera instancia únicamente en el extremo que desestimó la asignación de una

**Corte Suprema de Justicia de la República**  
**Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 950 – 2012**

**LAMBAYEQUE**

**DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

indemnización por daños a su favor, refiriendo que no se habría tomado en cuenta de que fue el demandante quien se retiró del hogar conyugal y que ha sido ella quien ha tenido que afrontar la tenencia y custodia de los dos hijos menores, asumiendo la labor de ser padre y madre para ellos, siendo que el artículo trescientos cuarenta y cinco del Código Civil debió aplicarse sin necesidad de ser invocado por la parte afectada. No obstante, al expedir la sentencia de vista, la Sala Superior confirma la sentencia apelada, por cuanto: **i)** En relación a la norma contenida en el segundo párrafo del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, el Tercer Pleno Casatorio Civil, al expedir sentencia en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez - Puno, estableció que la indemnización puede ser fijada de oficio siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí, y agrega que los hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios; **ii)** En autos la demandada no ha expresado de manera alguna los hechos que le producen daño moral, pues no cumplió con absolver la demanda, siendo declarada en rebeldía; luego, participó en la Audiencia de Conciliación, pero no expresó en dicho acto alguna pretensión en ese sentido, sino que dicha pretensión recién se ha manifestado al momento de apelar la sentencia, por lo que el pedido indemnizatorio no fue alegado oportunamente. **QUINTO.-** Que, para efecto de absolver la infracción denunciada en los fundamentos del recurso impugnatorio, debe tenerse en cuenta –como lo han hecho las instancias de mérito– que mediante sentencia expedida el dieciocho de marzo del año dos mil once en el Tercer Pleno Casatorio Civil, recaída en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez - Puno, en el proceso seguido por René Huaquipaco Hanco contra Catalina Ortiz Velazco sobre divorcio por la causal de separación de hecho, las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República han establecido precedente judicial vinculante en los siguientes términos: “(...) **2. En los procesos sobre**

divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona. **3.** Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal: **3.1.** A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesorio o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. **El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.** **3.2.** de oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. **Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios.** (...) **3.4.** En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello. **3.5.** En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.” [el resaltado es nuestro]. **SEXTO.-** Que, como se tiene dicho en el considerando anterior, la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio estableció las bases para una correcta interpretación de los alcances del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, en especial sobre

el tema de la indemnización o adjudicación preferente de los bienes a favor del cónyuge más perjudicado como producto de la separación o del divorcio en sí. Tal como se desarrolla en el fundamento ochenta, el Pleno ha establecido que el Juez no puede fijar un monto indemnizatorio -o la adjudicación de bienes- bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, sin que exista petición o alegación ni prueba alguna sobre perjuicios causados; así sostiene: *“80. En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello. Si la parte interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Constitución Política del Estado. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio iura novit curia, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica -artículo trescientos cuarenta y cinco - A- referida a los “perjuicios”. (...) En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este*

**Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 950 – 2012**

**LAMBAYEQUE**

**DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

*Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: Si no hay pretensión deducida en forma -acumulada en la demanda o en la reconvenición-, por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado.”. **SÉTIMO.-***

Que, en el caso concreto, si bien es cierto que la demandada no formuló pretensión indemnizatoria en los actos postulatorios, sí alegó la existencia del perjuicio al exponer agravios en su recurso de apelación, perjuicio que se sustenta en hechos fácticos debidamente acreditados en el proceso –y ratificados por el propio actor–, como resulta ser que fue el demandante quien se alejó del hogar conyugal, dejándola a ella al cuidado de sus dos menores hijos, además de que ésta se ha visto obligada a demandar alimentos para subvenir sus propias necesidades y las de los citados menores. Cabe precisar que la sentencia expedida en el Tercer Pleno Casatorio permite a la parte interesada alegar o expresar de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho, incluso después de haberse verificado los actos postulatorios, por lo que la demandada no se encontraba impedida de alegar tales perjuicios al momento de apelar la sentencia de primera instancia, siendo que la Sala Superior necesariamente debía pronunciarse sobre el agravio referido, respetando el derecho de defensa del demandante, lo cual se cumplió al haberse corrido traslado del recurso de apelación por el plazo de diez días, tal como aparece a fojas ciento setenta dos, sin que el actor haya cumplido con absolverlo ni presentado alegatos de defensa a su favor. **OCTAVO.-** Que, siendo así, se concluye que la Sala Superior ha infringido los alcances interpretativos del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, establecidos en el precedente vinculante dictado por el Tercer Pleno Casatorio Civil, al no haberse pronunciado sobre los perjuicios alegados en apelación por la demandada referidos a su derecho a ser indemnizada por considerarse la parte más afectada con la separación; en consecuencia,



**Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 950 – 2012  
LAMBAYEQUE**

**DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

conforme a lo normado en el artículo trescientos noventa y seis inciso primero del Código Procesal Civil, este Supremo Tribunal estima necesario declarar excepcionalmente la nulidad de la sentencia de vista y disponer con carácter de reenvío la devolución de los actuados al *Ad quem* para que cumpla con emitir nueva decisión con arreglo a ley, merituando los elementos fácticos que permitan establecer la existencia y magnitud del perjuicio invocando por la impugnante. Por estos fundamentos, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Silvia Miriam Aspíllaga Bellodas mediante escrito obrante a fojas ciento noventa y uno; **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista obrante a fojas ciento ochenta y cuatro, su fecha dos de diciembre del año dos mil once; **MANDARON** a la Sala Superior expida nuevo fallo, pronunciándose sobre el pedido indemnizatorio alegado en apelación; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Ismael Riojas Valdera contra Silvia Miriam Aspíllaga Bellodas y otro, sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho y otro; y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo.-

**S.S.**

**TICONA POSTIGO**

**ARANDA RODRÍGUEZ**

**PONCE DE MIER**

**VALCÁRCEL SALDAÑA**

**CALDERÓN CASTILLO**

LQF/GVQ