



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# ¿INDEMNIZACIÓN PRUDENCIAL Y EQUITATIVA?: A propósito de una sentencia de divorcio. Casación 3679- 2011-Lima-Norte

Rosario de la Fuente-Hontañón

Lima, 14 de octubre del 2013

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho civil, Área de Derecho privado

De la Fuente, R. (2013). ¿Indemnización prudencial y equitativa?: A propósito de una sentencia de divorcio, Casación 3679-2011-Lima-Norte. *Revista Jurídica*, 1 (42), 59-70.



Esta obra está bajo una [licencia](#)  
[Creative Commons Atribución-](#)  
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## ¿INDEMNIZACIÓN PRUDENCIAL Y EQUITATIVA?: A propósito de una sentencia de divorcio, Casación 3679-2011-Lima-Norte.

Rosario de la Fuente y Hontañón\*

### I. INTRODUCCIÓN

La ley que introdujo la causal de divorcio por separación de hecho en nuestro país, la Ley 27495, ha cumplido 12 años de vigencia, y tuvo como finalidad que se pudiera conseguir el divorcio, previa separación de hecho de uno de los cónyuges, por más de dos años, cuando no hay hijos o son mayores de edad, y por más de cuatro años cuando hay hijos menores. Si bien, la razón principal aducida por los legisladores, fue la de que convenía resolver un problema social surgido entre dos personas que, a pesar del tiempo de separación, no tenían la posibilidad legal de divorciarse, es por lo que se acude a esta figura que llamarán, divorcio-remedio, en contraposición al divorcio-sanción, pero considero que estamos lejos de conseguir el objetivo, y que por el contrario el problema se ha agudizado. Para mí, y para otros juristas<sup>1</sup>, esta causal de divorcio nos sitúa, ante una forma moderna de

---

\* Profesora Ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Área de Derecho romano y Derecho civil.

<sup>1</sup> Cfr. D'Ors, Á. (1999), *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid: Cívitas, pp. 58 y ss., 151 y ss.; id, (2001)<sup>3</sup>, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite al Derecho positivo*, Madrid: Cívitas, pp.23, 42, 143 y ss.; cfr. Adame Goddard, J., (1993), “ el Derecho a contraer un matrimonio indisoluble”, Ponencia presentada en el Foro Estatal de Derecho de Familia, organizado por el Congreso del Estado de Guanajuato, en la Universidad de Celaya, 15 de mayo, México, pp.11 a 20. En un país, como es el de México, con un alto índice de divorcios, el autor hace una interesante propuesta: “En esta perspectiva me he atrevido a presentar esta propuesta de reforma, cuya filosofía central es la libertad de comprometerse de por vida, de vivir la vida como servicio a la persona del cónyuge y a las personas de los hijos. Nada hay más grande en la vida que la persona humana, ningún valor jurídico la sobrepasa; por eso no hay mejor servicio que el comprometerse de por vida con una persona, que es mucho más que una causa o un ideal. ¿Por qué esa voluntad irrestricta de comprometerse con la esposa o el esposo no ha de tener efectos jurídicos, si los tiene una voluntad menos exigente? ¿Por qué lo más no puede lo menos? ¿Por qué la ley civil me permite hacer una promesa irrevocable de venta, constituir un usufructo vitalicio, convenir un arrendamiento por más de cien años (más de una vida) o donar irrevocablemente y sin carga los bienes más preciados y no permite que sea válida una entrega vitalicia a otra persona?”



repudio.

La realidad es que el incremento de divorcios en el Perú ha ido creciendo sobremanera, así lo demuestran las estadísticas proporcionadas por el INEI<sup>2</sup>, lo que conlleva a una desestabilización social, al ser la familia la base y fundamento de la sociedad fundada en el matrimonio, porque desaparece éste como institución (al hacer disoluble el matrimonio, y los fines del matrimonio exigen esa permanencia), por la negativa repercusión en los ex-cónyuges, en los hijos, y en los otros parientes de las respectivas familias de los cónyuges, que como bien sabemos, entre ellos se ha establecido el parentesco de afinidad.

La mencionada ley se promulgó el día 7 de julio del 2001, que coincide con la misma fecha, pura coincidencia, en que se introdujo el divorcio en España, el 7 de julio de 1981, hace ya 32 años y que fue conocida, así lo expresa Lacruz Berdejo<sup>3</sup>, como la “Ley del divorcio” para sus devotos, y la “Ley San Fermín” (recordemos que ese día se celebran las fiestas del santo y patrono navarro), “para los escépticos y aguafiestas: en todo caso, pensando también éstos en el divorcio, que parece ser el aspecto más taquillero del asunto”.

Más cercana, se han cumplido dos años, es la fecha del Tercer Pleno Casatorio civil, del 2011, que fue necesario debido a las contradicciones y discrepancias, orientaciones diferentes, dadas en las sentencias emanadas del Poder Judicial (entre ellas, la Cas. No. 208

---

<sup>2</sup> Pueden revisarse las estadísticas oficiales de los Matrimonios y Divorcios en la página oficial del INEI, en un reciente documento de junio del 2013:

<http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib1081/libro.pdf> . A nivel nacional, se celebraron 97 mil 693 matrimonios en el año 2011, observándose un aumento de 15 mil 650 (19,1%) respecto al año 2010. Y en el extranjero se registraron 1,030 matrimonios. Sobre la base proporcionada por RENIEC al 30 de octubre del 2012, los divorcios en el país, en el 2011, fueron: 5,625 y de este total el 31.7 % pertenecen a Lima. A lo que habría que sumar 72 divorcios generados en el extranjero (un total de 5,697). El 57,8% de los divorcios inscritos se tramitaron en los departamentos que conforman la región Costa, una tercera parte, 33,8%, se inscribió en los departamentos de la Sierra y el 8,4% en la Selva. A nivel Departamental, los divorcios inscritos fueron Lima, La Libertad, Áncash y Arequipa con valores que oscilan entre 400 y 1 mil 781 divorcios. Lo que supone un porcentaje de Divorcios del 5.77% (casi un 6%), a mi parecer, bastante elevado, cuando no tendría que llegar ni al 1%; y si cogemos otra fecha anterior al 2001, p.ej. el año 1997, se ha registrado e informado al INEI un total de 2,451 divorcios, a nivel nacional, siendo el departamento de Lima, el que registra el mayor número 2,007 (81.8%) y en Tacna solamente un divorcio. Vemos que la cifra es menor que en la actualidad.

<sup>3</sup> Lacruz Berdejo, J.L. (1994)<sup>2</sup>, (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, Madrid: Civitas, pp.11-12

– 2004 – Piura; Cas. No. 2003 – 1284 – 00 – 1SC; Cas. No. 2178 – 2005 – Lima). En los mencionados casos, el criterio no es uniforme, se habla de la indemnización por el daño personal o por el daño moral, o bien la existencia del nexo causal entre la separación de hecho y el daño causado, o no es atendible la indemnización al no señalarse quien sea el cónyuge perjudicado o bien ésta no haya sido solicitada. Los juristas peruanos se han ido pronunciando acerca de los aciertos y desaciertos ocasionados, tanto en la práctica jurisprudencial como en la doctrina<sup>4</sup>.

Como es bien sabido, la Constitución peruana, acoge dos principios fundamentales: 1) el de protección de la familia y 2) el de protección del matrimonio. Si bien, no da una definición de familia, en su art. 6, donde hay una referencia a los deberes de los padres e hijos, parece que ha tomado en cuenta como modelo principal el de la familia nuclear, sin que queden desprotegidos los demás modelo familiares. Igualmente, en concordancia con el principio de promoción del matrimonio, se interpreta, que la protección a la familia alcanza tanto a la de origen matrimonial como extramatrimonial. Asimismo, reconoce a la familia como una institución natural y fundamental -no es una creación del Derecho-, sino que el legislador recoge esta realidad y la regula. Conforme al art. 4, se debe promover y favorecer la celebración del matrimonio, así como su conservación o convalidación. Sin embargo, a renglón seguido, el principio queda desvirtuado al admitir la disolución y la regulación del divorcio. Es bien cierto que, la indisolubilidad, queda a criterio de cada uno, pero es un hecho constatable, que en la actualidad es muy sencillo disolver un matrimonio plenamente válido.

Teniendo en cuenta lo dicho líneas arriba, me interesa destacar dos temas relevantes: el primero, es el del principio de irretroactividad de la ley, consagrado en nuestra Constitución, art. 103, y recogido en el art. III del Título preliminar del Código y el segundo, es el del principio de Derecho civil, que deriva del principio de la buena fe, en

---

<sup>4</sup> Entre otros, cfr. Alfaro Valverde, L. (2011), *La indemnización en la separación de hecho*, Lima: Gaceta Jurídica; Plácido, A., (2003), “La separación de hecho: ¿Divorcio-culpa o divorcio- remedio?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 9, N° 55, abril. Lima: Gaceta Jurídica. También en <http://dike.pucp.edu.pe> ; cfr. Cárdenas Rodríguez, L. (2012), “Separación de hecho. A un año del Tercer pleno Casatorio civil”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n° 165, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 355-361



cuanto que “ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio”, recogido en el art. 335 del Código civil, y que ambos principios son negados por la Ley 27495. En el primero de ellos, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han asumido posturas distintas, en cuanto a que, en algunos supuestos se mantenga vigente y en otros, se cumpla la excepción. Así, el profesor Alex Plácido<sup>5</sup>, en el comentario a la primera sentencia casatoria fundada al amparo de la mencionada ley, afirma que: “no obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma, demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley”. En el mismo sentido, se pronuncia el profesor Juan Espinoza, cuando afirma que “cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. de la vulneración del principio de irretroactividad de la ley”<sup>6</sup>. Si bien respeto las opiniones de los mencionados juristas, mi postura es otra, creo que debe mantenerse el principio constitucional: La nueva ley sólo se aplica a los actos o situaciones que se creen a partir de ella.

Si bien es cierto que, cuando el legislador promulga la ley en el año 2001, era un hecho constatable, que existía un buen número de matrimonios rotos de *facto*, y que no habían llegado a los tribunales por la vía de pretender una de las causales ya previstas en el

---

<sup>5</sup> Cfr. Plácido, A., (2003), “La separación de hecho: ¿divorcio-culpa o divorcio-remedio?” ...o.c., p. 15

<sup>6</sup> Espinoza Espinoza, J. (2005), *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*,<sup>2</sup> Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 153-154. El autor para reafirmar su posición, argumenta que: “Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería (...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...)”. Me parece que las circunstancias y los hechos ocurridos, son completamente disímiles, porque en el Decreto del 3 de diciembre de 1854, que dice así: “Artículo Único: Los varones y las mujeres tenidas hasta ahora en el Perú por esclavos o por siervos libertos, sean que su condición provenga de haber sido enajenados como tales o de haber nacido de vientres esclavos, sea que de cualquier modo se hallen sujetos a servidumbre perpetua o temporal; todos, sin distinción de edad, son desde hoy para siempre enteramente libres.”, se otorga una libertad absoluta a las personas que carecían de ella, a golpe de Decreto, sin necesidad de tener que iniciar un proceso judicial, como es el caso de la Ley que estamos analizando. Es obvio, la aplicación inmediata del mismo, no se indica ningún plazo legal mínimo, que deba tenerse en cuenta para alcanzar la libertad.

Código civil, art. 333, inc. 1 a 11), me parece que a esas parejas se les dio un tiempo prudencial, los dos años en caso de que no tuvieran hijos menores o ya mayores de edad, o cuatro años para el caso de los hijos menores, para reconsiderar un posible restablecimiento del matrimonio, o en definitiva un rompimiento definitivo del mismo, por el divorcio. En el campo jurisprudencial, y en mi opinión, con muy buen criterio, varias sentencias no admitieron las demandas de divorcio por separación de hecho, al no haberse cumplido el requisito del tiempo establecido por la ley. Entre ellas podemos destacar las siguientes:

- 1) Casación 1720-03-JUNIN, donde el Juez destaca que “sólo a partir de la entrada en vigencia de la ley 27495 (desde el día ocho de julio del dos mil uno) que creó la causal de separación de hecho se puede acumular el plazo de separación de hecho de dos años que petitiona el actor, no pudiendo sumarse el tiempo de separación anterior a la vigencia de la ley” y que en “el caso de autos, las instancias de mérito han declarado la improcedencia de la demanda basado en que no resulta de aplicación la Primera Disposición Transitoria de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventicinco que dice que la ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia (...) debido a que ello se contrapone con lo expresamente normado en la Constitución Política del Estado, y en aplicación del control difuso del que se encuentran facultados los juzgadores, concluyen que sólo a partir del de la entrada en vigencia del citado cuerpo normativo se puede acumular el plazo de separación de hecho de dos años que petitiona el actor...”
- 2) Sentencia n° 279-2005-SJFH-CSJU/PJ, de 27 de octubre del 2005, de Huancayo: “pues las leyes se dictan para prever situaciones futuras pero no para imponer a hecho ya producidos, como ocurre en el caso de autos en el que la apoderada de la autora afirma que la separación de hecho ha ocurrido desde el año 1995, es decir con anterioridad de la entrada en vigencia de la ley; siendo así y con arreglo a lo dispuesto, debemos señalar que desde la fecha de interposición de la demanda, esto es el seis de julio



del dos mil cuatro, no has transcurrido los cuatro años que franquea la norma, ya que existe un hijo menor de edad (...);

- 3) Sentencia n° 309-2005-SJFH-CSJU/PJ, DEL 25 de noviembre del 2005, de Huancayo: (...) “como ocurre en el caso de autos que el actor afirma que la separación ha ocurrido desde el año 1992 lo cual es corroborado por la propia demandante, es decir, con anterioridad de la entrada en vigencia de la ley (...); debemos señalar que desde la fecha de la interposición de la demanda, esto es, el doce de noviembre del año dos mil cuatro, no han transcurrido los cuatro años que franquea la norma, ya que a la interposición de la demanda existe un hijo menor de edad (...)

Por el contrario, los jueces supremos aplican un criterio distinto en la Casación 1618-2004 ICA, Lima, del 17 de mayo del 2006, y se apartan del principio en cuanto señalan que si bien: " (...) desde el momento de la dación de la ley hasta la fecha en que se interpone la demanda sólo habían transcurrido nueve meses y no los dos años que exige la ley Para el Divorcio por Separación de hecho (...), no debe entenderse que el cómputo de los años de separación entre los cónyuges, como producto de la aplicación inmediata de la Ley 27495, pueda dar lugar a que se considere que aquella se está aplicando retroactivamente, pues dicho plazo constituye sólo un parámetro mínimo fijado por la ley para determinar la relevancia de la separación física; por lo tanto, es irrelevante cuestionar si la separación de hecho tuvo lugar antes o durante la vigencia de la Ley 27495, la que sólo regula el divorcio conyugal como consecuencia de esa separación; de tal suerte que dicho cómputo tampoco contradice el principio de irretroactividad de la Ley...".

Personalmente pienso que debe quedar sentado este principio de irretroactividad de las leyes, como un principio de prudencia legislativa y de seguridad jurídica, pues los destinatarios de la norma deben saber cuál es la norma vigente y cuáles serán los efectos jurídicos de sus actos. De lo contrario se nos aplicarían normas de cuya existencia no tuvimos conocimiento.

En cuanto al segundo tema de la teoría de los hechos propios, la Ley 27495 establece que: “En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335”. El

mencionado artículo regula el principio de que: "Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio". Se trata de no aplicar un principio universal, podemos decir ahora global<sup>7</sup>, que se formula de la siguiente manera: *Venire contra proprium factum nulli conceditur* (a nadie se permite ir contra sus propios actos), recogido ya en el Digesto, *Ulpiano*, 1.7.25 pr, y en Azón, *Brocardica*, rúbrica 10 fol. 33, y que es una concreción del principio de buena fe, fundamental en toda relación jurídica y que actúa como límite al ejercicio de los derechos subjetivos. Es un principio porque deriva del principio de la buena fe<sup>8</sup>, que se apoya en la *fides* entendida como una posición de confianza, que exige el cumplimiento exacto de la palabra dada. Y la *bona fides*, predecesora del actual principio de buena fe, es un concepto jurídico que estuvo presente en los ámbitos del Derecho patrimonial romano.

En el Tercer Pleno Casatorio<sup>9</sup> se dice que "nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio", considerando a éste último como "aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos". En este sentido discrepo de ésta afirmación, porque si uno de los cónyuges, el que generalmente inicia el divorcio, abandona el hogar incumpliendo con los deberes derivados del compromiso matrimonial, en esa conducta sí podemos apreciar una infracción o culpabilidad porque se aparta de ese principio fundamental, de la buena fe, base de todos los contratos o actos jurídicos, y el matrimonio, ya lo dijimos, desde que se reguló el divorcio, es un contrato. Incluso considero que, ese abandono puede configurar un ilícito civil que, como es bien sabido, el acto ilícito es contrario al Derecho Objetivo y el Ordenamiento no lo quiere, lo prohíbe, pero lo ha de soportar cuando de *facto* se produce y también le atribuye efectos. El acto ilícito al ir contra la norma con la que el Derecho

---

<sup>7</sup> Cfr. Domingo, R. (coord.), (2006), *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, Navarra, España: Thomson-Aranzadi, donde se analiza este principio, en correspondencia con otros que también se estudian en la misma obra, como el de : *Optione facta, ius eligendi consumitur*, o el de *Non potest quis venire contra errorem proprium*, pp. 418-419.

<sup>8</sup> Nörr, Dieter, (1996), *La fides en el Derecho internacional romano*, trad. de Rafael Domingo, Madrid, pp. 61 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. N°20 y N° 23 del Tercer Pleno Casatorio civil.



protege algo, se dice que es antijurídico o que viola aquella norma, ésta resulta infringida si- en perjuicio de lo protegido- se realiza lo que el Derecho dispone que no se haga. Es decir, después de disponer la protección de algo, se sienta la hipótesis de que ese algo se ataque, y para el caso de que se haga, se establece una sanción, y en ese sentido el acto ilícito es un acto que se adapta al derecho, es decir reúne los requisitos que éste ha previsto para que la sanción se aplique.

Por ello, el cónyuge que solicita el divorcio por la causal de la separación de hecho, debe indemnizar (una indemnización equitativa) al cónyuge al que el juzgador considere perjudicado, en aplicación del art. 345-A, porque le ha causado un daño, o debe proceder la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal<sup>10</sup>. El fundamento de indemnizar no depende de la voluntad de la partes, se encuentra en el principio que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes.

No quedaría, por tanto, esta causal de divorcio en la clasificación de divorcio remedio, sino de divorcio sanción. En esta misma línea, Tantaleán Odar<sup>11</sup>, discrepa de la sentencia recaída en el Tercer Pleno casatorio civil y ha planteado que la separación de hecho “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”. El cónyuge que ha abandonado el hogar asume una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes matrimoniales, que no será una responsabilidad extracontractual, porque se supone que en ese supuesto, se causa un daño a una persona con la que no ha habido ninguna relación, que no estaba ligada con ella, cosa que no ocurre en nuestro caso al haberse establecido una unión conyugal.

---

<sup>10</sup> Es interesante en esta materia el artículo de León, L. L, (2007) “¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el “daño al proyecto de vida” continúa inflando peligrosamente los resarcimientos”, en *Diálogo con la Jurisprudencia* n° 104, mayo, pp. 77-87, donde recoge el enfoque de la doctrina italiana y la jurisprudencia de la Corte di Cassazione de ese país, p. 84: “(...) el hecho de que el comportamiento de un cónyuge constituya causa de la separación o del divorcio no descarta que ello pueda configurar un ilícito civil (...)”.

<sup>11</sup> Cfr. Tantaleán Odar, R.M, (2013), “Algunas cuestiones “periféricas” en el Tercer Pleno casatorio civil”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 176, n°6, Mes 5.

## II. SENTENCIA DEL 15 DE ENERO DEL 2013 DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

CSJR/SCP – 15/01/2013, Lima – J. L. Llontop Saldaña c. M. V. Contreras Saavedra  
Casación Nro. 3679-2011-Lima Norte

Lima, quince de enero de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA: vista la causa número tres mil— dos mil once, en audiencia pública llevada a cabo en [a fecha, y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

### I. ASUNTO:

En el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho número tres mil seiscientos setenta y nueve — dos mil once, se ha interpuesto recurso de casación mediante escrito obrante a fojas cuatrocientos por la demandada Mariza Violeta Contreras Saavedra, contra la sentencia de vista obrante a fojas trescientos setenta y seis, su fecha tres de junio de dos mil once, que confirmando la apelada de fojas trescientos veintitrés, su fecha dos de noviembre de dos mil diez, declara fundada la demanda interpuesta por José Leonidas Llontop Saldaña; en consecuencia, divorciados a ambos cónyuges, disuelta la sociedad de gananciales , ordena el cese de la obligación alimentaria entre ambos cónyuges y fija en cuatro mil nuevos soles el monto indemnizatorio que pagar el demandante por el daño al proyecto de vida a favor de la demandada.

### II ANTECEDENTES

#### DEMANDA

Por escrito de fojas quince, José Leonidas Llontop Saldaña, demanda a su cónyuge Mariza Violeta Contreras Saavedra, solicitando el divorcio por la causal de separación de hecho, así como la disolución del vínculo matrimonial, alega que contrajo matrimonio con la demandada el veintitrés de setiembre de mil novecientos setenta y seis por ante la Municipalidad Distrital de Puente Piedra, procreando tres hijos, actualmente mayores de edad. Durante los primeros años de su matrimonio todo era armonía, luego de un tiempo por el cambio de carácter de la demandada su relación se tornó insoportable, y debido al comportamiento de su esposa desde el año dos mil uno ya no hacen vida en común.



## REBELDÍA

Por su parte, la demandada Mariza Violeta Contreras Saavedra es declarada en rebeldía mediante resolución de fojas ciento tres, su fecha cuatro de mayo de dos mil siete.

## PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Mediante resolución expedida en la diligencia de audiencia única de fojas ciento doce, su fecha veinte de junio de dos mil siete, se declare saneado el proceso y se fije los puntos controvertidos:

- a) Establecer si procede el divorcio por la causal de separación de hecho para un periodo ininterrumpido de más de dos años, entre ambos cónyuges.
  
- b) Establecer que durante el matrimonio, ambos cónyuges adquirieron un inmueble en la calle Ventura número ochocientos noventa y tres, en la urbanización San Germán en el distrito de San Martín de Porres.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante resolución de trescientos veintitrés, su fecha dos de noviembre de dos mil diez, dicta sentencia declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, declararon jurídicamente divorciados ambos cónyuges, disuelto el vínculo matrimonial, fenecida la sociedad de gananciales, dispone el cese de la obligación alimenticia y fija en cuatro mil nuevos soles el monto indemnizatorio por el daño al proyecto de vida de la demandada. Dicha decisión se sustenta en que el accionante ha demostrado que se ha encontrado separado de hecho de su cónyuge desde el año dos mil uno; en relación a la indemnización solicitada se encuentra acreditado que la demandada sufre de enfermedad renal crónica desde el año dos mil siendo hospitalizada en múltiples oportunidades, lo que permite determinar que es la cónyuge perjudicada al haber sido afectado su proyecto de vida. En relación al bien inmueble adquirido por ambos corresponde que sea considerado en la separación de bienes gananciales, disponiendo el cese de la obligación alimentaria entre los

cónyuges.

## RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEMANDADA

Argumenta lo siguiente:

- No se ha tomado en cuenta la grave situación económica en que se encuentra y al no haberse fijado una pensión de por vida, le está perjudicando su derecho alimenticio, ya que por su edad y el deterioro de su salud se le hace imposible conseguir algún tipo de trabajo.
- Respecto al monto de la indemnización es exiguo, por lo que considera debe incrementarse hasta por la suma de cien mil nuevos soles por el daño causado por el demandante hacia su persona.

## SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Elevados los autos a la Sala Superior en mérito del recurso de apelación interpuesto por la cónyuge demandada Mariza Violeta Contreras Saavedra, se expide la sentencia de vista de fojas trescientos setenta y s [sic] del trece de junio de dos mil once, confirmando la apelada, en extremo que resuelve el cese de la obligación alimentaria entre ambos cónyuges y el monto de la indemnización a favor de la cónyuge perjudicada, integrándola declara fenecida la sociedad de gananciales a partir del año dos mil uno, por considerar el *Ad quem* que no hacen vida en común desde el año dos mil uno: en relación a la obligación alimentaria, la demandada no la ha solicitado *durante* la etapa postulatoria, y en cuanto al monto de la indemnización, precisa que dicho monto ha sido fijado razonablemente por el *A quo*.

### III. RECURSO DE CASACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada Mariza Violeta Contreras Saavedra, mediante escrito de fojas



cuatrocientos, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista emitida por la Sala Superior.

Esta Sala Suprema, según resolución de fecha catorce de noviembre de dos mil once, obrante a fojas veinticuatro del cuaderno respectivo, ha declarado procedente el recurso de casación por las infracciones normativas sustantivas siguientes:

a) Infracción normativa del artículo 350<sup>o</sup> del Código Civil (que regula los efectos del divorcio respecto a los cónyuges); pues la recurrente indica que, la Sala Superior se ha limitado en señalar que la parte demandada no ha solicitado alimentos durante la etapa postulatoria, no resultando atendible que durante la etapa impugnatoria formula una pretensión al proceso como la de solicitar una pensión alimenticia a su favor, obviando e inaplicando lo señalado en el artículo 350<sup>o</sup>. De otra lado, la recurrente alega que, ha demostrado cabalmente que tiene un tratamiento médico de por vida, debido a un trasplante de riñón que la obliga a un tratamiento de hemodiálisis semanalmente ante el Seguro Social, por ella se la dejaría en desamparo, pues al perder los alimentos perdería el derecho al tratamiento llevándola inexorablemente a la muerte.

b) Infracción normativa del artículo 345<sup>o</sup>-A del Código Civil (que regula la indemnización del cónyuge que resulte perjudicado con la separación): manifiesta la recurrente que, el monto indemnizatorio de cuatro mil nuevos soles fijado a su favor en la sentencia de vista, resulta ínfima para el daño que ha sufrido, si se tiene en cuenta el estado de salud demostrado en la secuela del proceso; asimismo, señala que esa norma debe ser interpretada a tenor del artículo 1984 del Código Civil, que regula la indemnización por daño moral, siendo que en autos se ha acreditado que necesita un tratamiento de por vida.

#### IV. CUESTION JURIDICA EN DEBATE:

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate consiste en determinar si el cónyuge demandante se encuentra obligado a otorgar al cónyuge demandado una pensión alimenticia no obstante haberse declarado la disolución del vínculo matrimonial; asimismo, si corresponde ordenar se aumente la indemnización fijada de acuerdo con el artículo 345-

A del Código Civil.

## V. FUNDAMENTOS

### OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE LOS CÓNYUGES

1. Es del caso señalar que el artículo 350 del Código Civil, cuya infracción normativa denuncia la recurrente, preceptúa lo siguiente: *“Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por la culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asistirá una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El excónyuge puede, por causas graves pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y en su caso el reembolso”*, en tal sentido este dispositivo legal establece como regla general que el divorcio pone fin a la obligación alimenticia existente entre los cónyuges, constituyendo excepciones a dicha regla los supuestos contenidos en el segundo y cuarto párrafo de la norma acotada.

2. Respecto del derecho de alimentos, el autor nacional, Wilvelder Zavaleta Carruitero señala que: *“(…) declarado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviese cónyuges y el otro careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviese imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades, el juez le asignará una pensión alimenticia que no exceda de la tercera parte de la renta del obligado (hombre y mujer); y autoriza, cuando hay circunstancias graves, al alimentista para pedir la capitalización de la pensión y la entre correspondiente (…)* El cónyuge indigente deberá ser socorrido por su ex consorte hubiese



dado motivo para el divorcio”.

3. Asimismo, el maestro Cornejo Chávez sostiene que se trata de un derecho personalísimo, porque está dirigido a garantizar la subsistencia del titular del derecho en cuanto subsista el estado de necesidad, además este derecho no puede ser objeto de transferencia intervivos ni de transmisión *mortis causa*.

4. A su vez el jurista Varsi Rospigliosi señala que la naturaleza jurídica de la prestación de alimentos es por su esencia una obligación natural antes que un negocio jurídico propiamente dicho.

5. Se advierte del segundo párrafo del artículo 350 del Código Civil, que únicamente puede solicitar la asignación de una pensión alimenticia, el cónyuge inocente, más no el culpable, siempre que acredite que carece de bienes propios o de gananciales suficientes, se encuentre imposibilitado de trabajar o de cubrir sus propias necesidades.

6. En el caso de autos, las instancias de mérito han determinado que a la demandante no le corresponde se le otorgue la pensión alimenticia, en tanto no ha demostrado que se encuentre en alguno de los supuestos contemplados en el citado artículo 350 del Código sustantivo, pues si bien es cierto que alega que padece insuficiencia renal crónica, no ha demostrado que se encuentre imposibilitada de trabajar o de cubrir sus propias necesidades; también lo es que a la fecha cuenta con tres hijos mayores de edad que tienen la obligación de asistir a sus padres; más aún si se ha ordenado la liquidación de los gananciales, no habiéndose probado que estos sean insuficientes; en ese orden de ideas arribar a una conclusión distinta significaría valorar nuevamente el caudal probatorio, fin ajeno al debate casatorio que es *iure*; consideraciones por las causales se concluye que en el presente caso no se ha incurrido en la infracción de la norma sustantiva denunciada; por lo que este extremo del recurso deviene en infundado.

## INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE PERJUDICADO

7. Que, el artículo 345°-A del Código Civil señala: *"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. El juez velara 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 contenida en los artículos 323, 324, 342 343, 351 y 352°, en cuanto sean pertinentes"*.

8. Que, deben analizarse las razones que han dado lugar a la causal de separación de hecho. En efecto, los legisladores al momento de redactar esta norma tuvieron en cuenta que su finalidad era resolver un problema social, cual consistía en dejar de mantener la ficción de una relación conyugal, la cual producía daños a las partes quienes tendrían la posibilidad de rehacer sentimentalmente su vida o formalizar sus nuevas relaciones de pareja. Por ende, al igual que toda norma legal el fin último de los legisladores fue el procurar resolver el problema social surgido entre dos personas que, a pesar del tiempo de separación, no tenían posibilidad legal de separarse y divorciarse, bajo las estrictas causales del divorcio, propias de un sistema jurídico absolutamente protector del matrimonio: que es en esas circunstancias se que dicta la norma que instituye como causal de divorcio la separación de hecho, convirtiendo nuestro sistema o modelo de divorcio sanción, en un sistema o modelo plurimodal en donde también se insertan causales propias del sistema o modelo del divorcio remedio.

9. Que, las sentencias de mérito han fijado una indemnización cuyo monto la demandada lo considera ínfimo.



10. Que, esta Sala Suprema ha establecido en reiteradas sentencias casatorias el criterio de que el Juez está en la obligación de fijar, de oficio, una indemnización por daños y perjuicios, cuando de la apreciación de los medios probatorios llegue a la conclusión de la existencia de un cónyuge perjudicado con la separación e, incluso, esta propia Corte Suprema, ante dicha situación, ha actuado de manera prudencial, estableciendo una indemnización a favor del cónyuge perjudicado.

11. En tal virtud, examinada la resolución recurrida, se llega a la conclusión de que el criterio adoptado por las instancias de mérito en el presente caso, cumple con las exigencias establecidas en la jurisprudencia vinculante al fijar una indemnización a favor de la consecuencia, esta Sala Casatoria considera que este extremo del recurso extraordinario también debe ser desestimado.

## VI. DECISIÓN

En aplicación del artículo 397° del Código Procesal Civil:

Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Mariza Violeta Contreras Saavedra a fojas cuatrocientos; en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista de fecha tres de junio de dos mil once, obrante a fojas trescientos setenta y seis, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por José Leonidas-, Llontop Saldaña con María Violeta Contreras Saavedra sobre divorcio por la causal de separación de hecho; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Almenara Bryson,

SS./ALMENARA BRYSON/RODRÍGUEZ MENDOZA/HUAMANÍ  
LLAMAS/ESTRELLA CAMA/CALDERÓN CASTILLO

## II. COMENTARIO

A) Los esposos Mariza Violeta Contreras Saavedra y José Leonidas Llontop Saldaña, contrajeron matrimonio el día 23 de setiembre de 1976, en la Municipalidad distrital de Puente Piedra, tuvieron tres hijos, en la actualidad mayores de edad. Después de 25 años de matrimonio, en el 2001, se separaran.

El marido inicia el proceso de divorcio, y la Sentencia de Primera instancia, de 2 de noviembre de 2010, declara fundada la demanda, en consecuencia:

- a. Divorciados ambos cónyuges;
- b. Disuelto el vínculo matrimonial;
- c. Fenecida la sociedad de gananciales
- d. Cese de la obligación alimenticia
- e. Se fija la indemnización, “por el daño al proyecto de vida de la demandada” en 4 mil soles.

La esposa apela la sentencia: a) no se ha tenido en cuenta la precaria situación económica en la que se encuentra, y al no contar con una pensión alimenticia de por vida, le perjudica su derecho alimenticio, ya que por su enfermedad renal crónica, con necesidad de ser hospitalizada frecuentemente, y por su edad le es imposible obtener un trabajo; b) el monto de 4 mil soles es exiguo, y solicita 100 mil nuevos soles por el daño causado por el demandante a su persona.

La sentencia de Segunda instancia, del 13 de junio del 2011, confirma la apelada, y en relación con la obligación alimentaria, la Sala señala que la mujer no la solicitó en la etapa postulatoria, y que en cuanto al monto de la indemnización, considera la Sala que el “monto ha sido fijado razonablemente por al *A quo*”. Considero que, si bien la demandada no solicitó la pensión alimenticia durante la etapa postulatoria, lo que ha perdido es una oportunidad, pero no el derecho a recibirla.

La señora Contreras Saavedra interpone recurso de Casación, declarado procedente el 14 de noviembre del 2012, por la infracción normativa de los artículos 350 y 345-A del Código civil. Por lo que las cuestiones jurídicas a debatir consisten en: a) determinar si el marido demandante tiene obligación de otorgar una pensión alimenticia, disuelto el vínculo



matrimonial y, b) si corresponde ordenar un aumento de la indemnización conforme al artículo 345-A.

Los jueces supremos, en el considerando primero recogen por completo lo regulado en el art. 350 del Código civil, y concluyen que “como regla general el divorcio pone fin a la obligación alimenticia existente entre los cónyuges, constituyendo excepciones a dicha regla los supuestos contenidos en el segundo y cuarto párrafo de la norma acotada”. En los considerandos 2º, 3º y 4º, se apoyan en la doctrina peruana<sup>12</sup>, para subrayar que la pensión de alimentos es un derecho personalísimo, dirigido a garantizar la subsistencia del titular del derecho mientras dure el estado de necesidad (Cornejo Chávez), o que se trata de una “obligación natural antes que un negocio jurídico propiamente dicho” (Varsi Rospigliosi), para concluir, en el considerando 6º, que las instancias de mérito determinaron que no le correspondía la pensión alimenticia, al no demostrar que:

- 1) se encuentra imposibilitada de trabajar o de cubrir sus propias necesidades; 2) que cuenta con tres hijos mayores de edad, con la obligación de asistir a sus padres; 3) que se ha ordenado la liquidación de los gananciales, y no se ha probado que sean insuficientes.

Nuestro parecer es que la pensión alimenticia no debió cesar de manera automática, porque en el análisis del artículo 350, queda claro que por el estado de necesidad en que se encuentra la mujer (edad avanzada, enfermedad, imposibilidad de conseguir trabajo) el juez puede fijarla en un monto no mayor de la tercera parte de la renta del cónyuge que motivó la separación. Conviene recordar que en muchas ocasiones, la salud se ve afectada por el sufrimiento de la separación conyugal, que como en este caso, la mujer es abandonada como esposa y como madre, que ha quedado a cargo del cuidado de los tres hijos, con las obligaciones y cuidados que ello conlleva: llevarlos al médico, quedarse con ellos cuando están enfermos, atender sus estudios, el alimento, el vestido, etc. Además, se produce un desequilibrio económico por parte de la mujer, en relación al marido, porque su situación ha empeorado en relación con la situación económica mantenida en el matrimonio. La mujer queda desprovista de los Seguros médicos, de la atención debida en este estado

---

<sup>12</sup> Llama la atención que los magistrados, no indiquen las fuentes doctrinarias, en qué tipo de publicación se han basado para citarles, si lo mencionado se ha recogido en un artículo de Revista, en un libro, etc.

lamentable en el que se encuentra, con un trasplante de riñón que requiere un tratamiento de hemodiálisis semanal a través del Seguro social, y que si no se le asigna la pensión, ello supondrá un desamparo que le “llevaría inexorablemente a la muerte”. Es duro decir en estas circunstancias ¡que la mujer busque un trabajo!, no es ese el espíritu del artículo 350 del Código civil. Reitero, lo decía líneas arriba, que en este supuesto se configura un divorcio sanción y no un divorcio remedio, porque en cierto modo la sanción es para el cónyuge inocente y no para el culpable, al liberarse éste completamente de sus obligaciones familiares, al dejar -como en este caso- la mujer en el camino de su vida matrimonial todo el cuidado del hogar y de los hijos comunes, y el marido guarda para sí, su trabajo y todos los beneficios laborales y sociales que le corresponden, por lo que hubiera sido conveniente que se le otorgara una pensión alimenticia. En todo caso, otra posibilidad que prevé la ley es la adjudicación de un bien preferente de la sociedad de gananciales, se le podría haber dado el inmueble adquirido durante el matrimonio.

En otro sentido se ha pronunciado la Casación n° 1621-2010-Lambayeque, de 15 de marzo del 2011, donde no aplica el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges, previsto en el art. 350 del Código civil, e indica, en el considerando 5°, que “el artículo 345-A no determina que el juez se encuentre obligado a fijar una pensión alimenticia conjuntamente con la indemnización por daños y perjuicios, pues ello deben estar sujeto a un debate probatorio en el que se demuestre el estado de necesidad del cónyuge perjudicado”. Un paso más da la Casación n° 4738-2010, Arequipa, que prevé la continuación de la pensión de alimentos luego del divorcio, no como excepción sino como regla en los casos de separación de hecho<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. Cárdenas Rodríguez, L., (2011), “Alimentos después del divorcio: ¿excepción convertida en regla?”, en *Actualidad Jurídica*, 212, Lima: *Gaceta Jurídica*, p. 100, donde el autor se muestra disconforme con la sentencia casatoria, “porque vista la mayor cantidad de divorcios por separación de hecho, si siempre hubiera pensión de alimentos en esta causal, la excepción devendría en regla. Baste lo dicho para refutar esta pretendida inversión”. No comparto la opinión del autor, porque como bien dice, la cantidad de matrimonios disueltos por esta causal, nos confirma que muchas personas, -y ha quedado claro que generalmente es la mujer-, son las que se quedan en una situación de estado de necesidad, y con la pensión alimenticia se busca velar por su estabilidad económica y también por la de los hijos comunes.



En el considerando 8°, se analizan las razones que dieron lugar a la causal de separación de hecho, “el procurar resolver el problema social surgido entre dos personas que, a pesar del tiempo de separación, no tenían posibilidad legal de separarse y divorciarse, bajo las estrictas causales del divorcio, propias de un sistema jurídico absolutamente protector del matrimonio (...)”. Sí, ciertamente, conviene resaltar que nuestro ordenamiento jurídico es efectivamente un sistema protector del matrimonio, y debe continuar siendo así, para que haya estabilidad y paz en la sociedad, ya que el divorcio puede considerarse como una plaga, una lacra, con consecuencias altamente nocivas. De todas formas, el divorcio será un remedio tan sólo para aquellos matrimonios destrozados tras una severa crisis probada e irreversible.

En cuanto al considerar como ínfima o exigua la indemnización de 4 mil soles, -la demandante solicitó 100 mil soles-, “la Corte suprema, ante dicha situación ha actuado de manera prudencial, estableciendo una indemnización a favor del cónyuge perjudicado”. En efecto, la indemnización es insignificante, y le corresponde al Juez apartarse en ocasiones de la estricta justicia, como en este caso, para acudir a la equidad, “que es justicia matizada”<sup>14</sup>. La Justicia no puede ser contemplada aisladamente -dice el profesor Hervada (1999:86-88)- “sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común. A cada uno hay que darle lo suyo y ello se funda en la ontología de la persona humana (...). La función de la equidad es mejorar la justicia y, por lo tanto, favorecer el bien común y la humanidad en las relaciones humanas (...). Los sujetos de la equidad en la atemperación de lo debido son el gobernante, el juez y el titular del derecho. Pero en los deberes de justicia legal es también sujeto de la equidad el destinatario de la ley, que puede aplicar el principio general de derecho de que las leyes no obligan en los casos en los que estas se tornan nocivas o causan grave incómodo”. En línea con lo que apunta d’Ors<sup>15</sup>, “la equidad es la virtud del que juzga en derecho sobre casos concretos. Coincide con la Justicia en que supone un criterio de decisión “constante” en la diversidad de casos y “perpetua” en el tiempo.”

---

<sup>14</sup> Cfr. Hervada, J., (1999) *Introducción crítica al Derecho natural*, Lima: Colección Jurídica de la Universidad de Piura, p. 87

<sup>15</sup> Cfr. d’Ors, Á.(2001), “Apostillas a las “Claves conceptuales”, en *Verbo*, n. 395-396, p.433

Por último, una advertencia de forma, los jueces supremos, en el considerando 10º, indican que “esta Sala Suprema ha establecido en reiteradas sentencias casatorias el criterio de que el Juez está en la obligación de fijar de oficio, una indemnización (...)”, pero no señalan cuáles son esas sentencias casatorias que tanto ayudarían para encontrar con rapidez la Jurisprudencia uniforme. En este caso, se podrían haber señalado las siguientes<sup>16</sup>: Cas. 004670-2011-Lima, de 5 de diciembre de 2012; Cas. 005060-2011-Huaura, de 14 de noviembre de 2012; Cas. 003120-2012-Puno, de 9 de noviembre de 2012; Cas. 000950-2011-Lambaye, de 9 de julio de 2012.

En definitiva y, en términos generales, la Casación de la Corte Suprema, de fecha 15 de enero de 2013, no resuelve adecuadamente las distintas cuestiones planteadas.

---

<sup>16</sup> Cfr. Web del Poder Judicial, <http://www.pj.gob.pe>

