



nueve, conforme obra del cargo de notificación obrante a fojas doscientos seis. Este Supremo Tribunal advierte que la Sala Superior no dio cumplimiento oportuno a su propio mandato, en la medida que no notificó a la demandada en su domicilio procesal designado en autos con las resoluciones dictadas en esa instancia ni con el dictamen fiscal; sin embargo, también se evidencia que con posterioridad a la notificación de la resolución de fecha dieciséis de marzo del año dos mil nueve, la demandada presentó otros escritos, como son sus alegatos y la copia de las resoluciones recaídas en determinados procesos de amparo, tal como obra a fojas doscientos doce y doscientos veintitrés respectivamente; habiendo inclusive informado oralmente el día de la vista de la causa fijada para el día catorce de marzo del año dos mil nueve a través de su abogado defensor, tal como obra en la constancia de fojas doscientos diecisiete, convalidando así la omisión incurrida por el Colegiado Superior, toda vez que no lo denunció en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, tal como lo dispone el tercer párrafo del artículo ciento setenta y dos del Código Procesal Civil; por lo tanto, se acredita que la recurrente no se ha visto afectada ni se le haya recortado su derecho de defensa, así como al debido proceso, menos la negación a la tutela jurisdiccional efectiva. Por lo demás, si bien la resolución de vista se ha expedido de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Superior, es necesario remarcar que la falta de notificación del citado dictamen fiscal no acarrea la nulidad de la recurrida, pues conforme los establece el inciso b) del artículo ochenta y nueve de la Ley Orgánica del Ministerio Público: *"El dictamen será meramente ilustrativo y su omisión no causará nulidad procesal en los casos que expresamente señala la ley"*, de lo que se infiere que la falta de notificación del dictamen fiscal a la recurrente no resulta causa suficiente para invalidar el proceso; por lo que este extremo denunciado debe ser desestimado; **Séptimo.-** Que, en cuanto a la causal de infracción normativa material referida en el numeral 2) de los fundamentos del recurso de casación, se sostiene que las resoluciones judiciales debieron sujetarse a mérito de lo actuado y al derecho; pues a pesar de estar demostrado quien es el cónyuge culpable de la separación se ha omitido pronunciamiento sobre el particular de conformidad con el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil. Al respecto, dicha norma en su segundo y tercer párrafo dispone textualmente: *"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." **Octavo.-** Que, interpretado dicho texto debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos, los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún cuando no se haya solicitado, cuál de los cónyuges resulta perjudicado o **bien más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos**, fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicarse de modo que no se pueda determinar cuál es el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o adjudicación preferente; **Noveno.-** Que, las instancias de mérito han establecido que en autos no se ha podido demostrar que cónyuge se encuentra perjudicado por la separación de hecho, por falta de medios probatorios fehacientes, suficientes y conducentes al frustramiento del proyecto de vida matrimonial y familiar de las partes; sin embargo, la Sala Revisora no ha tenido en cuenta que el espíritu de la norma es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la demandada sufrió el abandono del demandante cuando sus tres hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la casante, pues en autos no se ha apreciado esta circunstancia especial ni la subsecuentes hechos que de él se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para ella y sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestarlos ante su evidente negativa), obteniendo sentencia favorable que grafica el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos. Por ello, las circunstancias fácticas que motivaron el alejamiento de los cónyuges (como lo sería la alegada incompatibilidad de caracteres entre las partes) no puede ser interpretada como una ausencia de perjuicio que implícitamente conlleva todo decaimiento del vínculo matrimonial, que afecta a la institución familiar y a sus integrantes, generalmente a un cónyuge más que a otro, como ocurrió en el caso de autos, más aún si el propio demandante admite que luego de la separación inició una relación convivencial con tercera persona; razón por la cual la causal material denunciada resulta amparable y, en atención a lo regulado en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, corresponde a este Supremo Tribunal resolver el conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior; **Décimo.-** Que, este Colegiado Supremo estima que hay lugar a fijar una indemnización a favor del cónyuge más perjudicado con la separación, que en este caso fue la demandada, pues fue el actor quien se retiró del hogar conyugal dejando a sus tres hijos al

cuidado de su esposa; siendo, que ante el desamparo familiar tuvo que interponer demanda ante la vía civil, y que con posterioridad el actor ha logrado formar otra familia con persona ajena a su cónyuge, por lo que debe fijarse un monto que pueda resarcir el daño moral ocasionado a la demandada, la misma que se estima de forma prudencial en la suma de tres mil nuevos soles, que podrá reparar en algo los daños y perjuicios causados por la ruptura del vínculo matrimonial y el incumplimiento de los deberes de asistencia mutua que debieron primar en dicho unión matrimonial, siendo así declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Gladys Cometivos Pérez mediante escrito de fojas doscientos treinta y seis; **CASARON** la resolución impugnada, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas doscientos veinticinco, su fecha dieciocho de mayo del año dos mil nueve, sólo en cuanto confirma el extremo apelado que declara no fijar monto indemnizatorio respecto al cónyuge perjudicado; y **actuando en sede de instancia, REVOCARON** la sentencia apelada en el extremo citado que declaró no fijar monto indemnizatorio respecto al cónyuge perjudicado, con los demás que corresponde a dicho extremo; y, **REFORMANDOLA: DISPUSIERON** que el demandante pague a la demandada por concepto de indemnización la suma de tres mil nuevos soles por los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura del vínculo matrimonial; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; en los seguidos por Pedro Pablo Azabache Vergara contra Gladys Cometivos Pérez, sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron; Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo.- **SS. TICONA POSTIGO, CAROAJULCA BUSTAMANTE, PALOMINO GARCÍA, MIRANDA MOLINA, ARANDA RODRÍGUEZ C-629204-19**

CAS. Nº 4836-2009 MOQUEGUA. Divorcio por Separación de Hecho. Lima, veinte de octubre del año dos mil diez.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** Vista la causa número cuatro mil ochocientos treinta y seis – dos mil nueve, 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 Hilda Zavala Rueda de Velarde a fojas quinientos uno contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos ochenta y siete expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua el cuatro de septiembre del año dos mil nueve que confirma la sentencia apelada de fecha quince de junio del año dos mil nueve que declara fundada la demanda. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Concedido el recurso de casación a fojas veintiocho del cuadernillo de casación, por resolución de esta Sala Suprema de fecha doce de abril del año dos mil diez ha sido declarado procedente el recurso por la causal de infracción normativa del artículo treinta y seis del Código Civil, alegando que no se ha acreditado que la recurrente haya efectuado un abandono malicioso del hogar conyugal, que si bien la recurrente y el demandante tiene dos viviendas en propiedad en la ciudad de Tacna e Ilo, no obstante el actor permanece en Ilo por razones de trabajo en tanto la recurrente no ha efectuado abandono conyugal alguno. **CONSIDERACIONES: Primero.-** Que, Santiago Matías Velarde Tamayo interpone demanda contra Hilda Zavala Rueda, sobre divorcio por la causal de separación de hecho con el objeto de que se declare disuelto el vínculo matrimonial con la demandada, alegando que: **i)** Contrajo matrimonio civil con la demandada el catorce de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho en la ciudad de Tacna, no obstante por razones laborales fijaron su domicilio conyugal en Ilo, agregando haber procreado tres hijos que a la fecha son mayores de edad; **ii)** La demandada realizaba constantes viajes a Tacna pues trabajaba como cambista siendo en esa circunstancia que la demandada empezó a mantener relaciones amorosas con otra persona, y que una vez enterado de dicha situación irregular, empezaron a surgir incompatibilidades, siendo que la demandada la ofendía constantemente; **iii)** Con la demandada se encuentra separados de hecho desde mil novecientos noventa y cuatro sin que haya existido ninguna vinculación directa ni reconciliación; además refiere el demandante haber encontrado otra pareja; **iv)** Estar en convivencia con doña Victoria Manchego Anco desde mil novecientos noventa y cuatro con quien tiene un hijo; **v)** Señala ser el cónyuge perjudicado pues la demanda fue quien hizo abandono del hogar conyugal; **Segundo.-** Que, al contestar la demanda Hilda Zavala Rueda alega que: **i)** No es cierto que Ilo haya sido su último domicilio conyugal ya que por disposición del demandante en el año mil novecientos ochenta y seis se mudaron a la ciudad de Tacna encargándose del cuidado y sostenimiento de sus hijos que en ese entonces eran menores de edad y se encontraban estudiando; **ii)** Es falso que hubiese iniciado una relación amorosa con otra persona y que desde esa fecha se haya iniciado la incompatibilidad, que nunca abandonó el hogar llevando una vida normal de pareja, por lo que la separación de hecho nunca existió; **Tercero.-** Que, tramitado el proceso con arreglo a ley, el Juez declara fundada la demanda sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia se declara disuelto el vínculo matrimonial contraído entre los cónyuges, se da por fenecido la sociedad de gananciales, considerando: **i)** Que la demandada no ha acreditado que en Ilo mantenga vida en común con el actor pues ella misma ha presentado la partida del menor de los hijos del demandante con su nueva pareja nacido en Ilo el siete de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, lo que demuestra que el demandante domicilia en Ilo, y convive con otra persona; **ii)** Que existe un proceso de alimentos en el que existe una retención judicial según las boletas de pago del actor lo que demuestra que el



demandante se encuentra al día en sus pagos; **Cuarto.-** Que, al ser apelada dicha resolución, el Colegiado Superior, ha confirmado la apelada, considerando que: i) La demandada no acredita razones que justifiquen su alejamiento del lugar donde labora su cónyuge; ii) Los viajes esporádicos que pudieren haber realizado tanto el actor a Tacna como lo que pudo haber realizado la demandada a Ilo no constituyen prueba en uno ni en otro caso que modifique el hecho de que el último domicilio fijado en el que hicieron vida en común sea la ciudad de Ilo; iii) Se acredita que el actor reside en Ilo donde trabaja y la demandada ha reconocido que vive en Tacna desde hace más de dos años para hacerse cargo de sus hijos; **Quinto.-** Que, habiéndose declarado procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa del artículo treinta y seis del Código Civil, alegando que no se ha acreditado que la recurrente haya efectuado un abandono malicioso del hogar conyugal, que si bien la recurrente y el demandante tienen dos viviendas en propiedad en la ciudad de Tacna e Ilo, no obstante el actor permanece en Ilo por razones trabajo en tanto la recurrente no ha efectuado abandono conyugal alguno; **Sexto.-** Que, con relación al domicilio conyugal o casa común, Carlos Fernández Sessarego al comentar el artículo treinta y seis del Código Civil "Exposición de Motivos y Comentarios" Tomo Cuarto, página ciento dieciocho, compilado por Delia Revoredo) expresa que el domicilio conyugal se constituye de común acuerdo entre el marido y mujer, mediante la objetiva residencia habitual en un determinado lugar; **Séptimo.-** Que, en el caso de autos, se ha establecido que respecto al inmueble que ambas partes tienen en propiedad en la ciudad de Tacna e Ilo, no implica que necesariamente vivan juntos, ya que ha quedado acreditado que el actor reside en la ciudad de Ilo, lugar donde trabaja y la demandada ha reconocido que vive en Tacna desde hace más de dos años para hacerse cargo del cuidado de sus hijos, quienes ya son mayores de edad; en consecuencia, al no advertirse una residencia habitual en un determinado lugar respecto a la recurrente y el demandante, el Colegiado Superior no ha incurrido en infracción del artículo treinta y seis del Código Civil, por tal motivo, la denuncia alegada debe desestimarse; **Octavo.-** Que, respecto a lo señalado por la recurrente de que no se ha acreditado que ésta ha efectuado un abandono malicioso del hogar conyugal, debe señalarse que lo expuesto no ha sido materia de debate en la impugnada, por tanto su pedido se encuentra orientado al reexamen del material probatorio, lo que no procede vía recurso de casación; **Noveno.-** Que, en consecuencia, al no configurarse la causal denunciada, debe procederse conforme a lo normado por el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; por cuyas razones, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Hilda Zavala Rueda de Velarde, a fojas quinientos uno; por consiguiente, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos ochenta y siete, su fecha cuatro de setiembre del año dos mil nueve, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Santiago Matías Velarde Tamairo contra Hilda Zavala Rueda de Velarde sobre Divorcio por Separación de Hecho; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.- SS. TICONA POSTIGO, CAROAJULCA BUSTAMANTE, PALOMINO GARCÍA, MIRANDA MOLINA, ARANDA RODRÍGUEZ **C-629204-20**