SUMILLA: La doctrina es unánime en señalar que el abandono de hogar conyugal consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito de sustraerse del cumplimiento de las obligaciones conyugales y deberes matrimoniales, siendo estos, los deberes con el cónyuge, y como con los hijos extensivamente. Al respecto, la intencionalidad de destruir la casa conyugal de manera injustificada mediante la ausencia física y, por ende, el incumplimiento de la asistencia material-afectiva debe ser debidamente probada.

Lima, diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

Pasión por el DERECHO

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con los cuadernos acompañados, vista la causa número 3401-2016, en audiencia pública de la fecha, oídos los informes orales y producida la votación correspondiente conforme a ley, emite la siguiente resolución.

I. MATERIA DEL RECURSO:

Que se trata del recurso de casación interpuesto por la **demandada Beatriz Alejandrina Cáceres Tori,** con fecha siete de julio de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil treinta y uno, contra la sentencia de vista de fecha nueve de mayo de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil ocho, en el extremo que **confirma** la sentencia apelada de fecha siete de julio de dos mil quince, obrante a fojas ochocientos ochenta y cuatro, que declara **infundada la reconvención** de divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal; declara **fundada** la demanda y reconvención de **divorcio por la causal de separación de hecho**; **confirma** en cuanto declara **fundada la reconvención de indemnización** formulada por la demandada Beatriz Alejandrina Cáceres

Tori en su calidad de cónyuge perjudicada; **la revocaron** en el extremo que fija la suma de ocho mil nuevos soles; **reformándola** en dicho extremo **fijaron** por dicho concepto la suma de quince mil nuevos soles.

II. ANTECEDENTES.

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. DEMANDA.

Por escrito de fecha once de julio de dos mil once, obrante a fojas cincuenta y nueve, don **Marco Antonio Zumaeta Alicedo** interpone demanda contra doña Beatriz Alejandrina Cáceres Tori, a fin que se declare disuelto el vínculo matrimonial existente por **la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común;** asimismo solicita el **pago de una indemnización por daños y perjuicios**, debiéndose ordenar la adjudicación del inmueble conyugal.

Como fundamentos de hecho, señala que las partes contrajeron matrimonio civil ante la Municipalidad Distrital de Miraflores con fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa y seis, y procrearon a sus hijos llamados Marco Antonio y Beatriz Alejandra, de trece y diez años de edad, respectivamente. Asimismo indica que durante la vida conyugal han adquirido los siguientes bienes: **a)** El bien inmueble ubicado en la Avenida Aramburú N° 131, Distrito de San Isidro, inscrito e n la Partida electrónica N° 11132050, del Registro de Propiedad Inmueble de Lima. **b)** Participaciones sociales de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada “INSERGE INGENIERÍA Y SERVICIOS GENERALES SRL.”, inscritas en la Partida Electrónica N° 00127183 del Registro de Personas Jurídicas.

Pasión por el DERECHO

El demandante aduce, que durante los primeros años de su vida matrimonial, el hogar se desarrolló dentro de un ambiente de armonía y comprensión; pero debido al carácter irascible, inestable, posesiva y prepotente de la demandada, se ha venido poco a poco decayendo el sentimiento conyugal, llegando al extremo de faltar contra el actor agrediéndolo psicológicamente y haciendo abandono injustificado del hogar conyugal con la finalidad de sustraerse de sus obligaciones conyugales.

Respecto a la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, señala que la demandada el día dieciséis de enero de dos mil seis, hizo abandono del hogar conyugal ubicado en la Avenida Aramburú N° 331, San Isidro, y se fue a vivir al inmueble ubicado en la Calle Sevilla N° 291, Departamento "E", Distrito de Miraflores, y se llevó a sus menores hijos, sus pertenencias y enseres del hogar, privándole el derecho de ver a sus hijos, conforme a la certificación policial que corre en el Expediente N° 150-2006, del Quinto Juzgado de Paz Letrado de Lince-San Isidro. Agrega que las partes conjuntamente con un tercero, han fundado la empresa INSERGE S.C.R.L., en el que han estado laborando; en ese sentido, señala que la demandada ha realizado abandono de su trabajo, causando perjuicios a la empresa. Refiere que la demandada inició un proceso de alimentos ante el Quinto Juzgado de Paz Letrado de Lince-San Isidro, empero, el actor nunca ha dejado de prestar los alimentos a favor de sus menores hijos; también manifiesta el accionante que interpuso demanda de Régimen de Visitas, ante el Cuarto Juzgado de Familia de Lima, Expediente N° 2006-603, cuya sentencia dispuso establecer un régimen de visitas a favor del recurrente.

En cuanto a la **causal de separación de hecho de los cónyuges**; indica que con la demandada se encuentran separados de hecho desde el dieciséis de enero del dos mil seis, evidenciándose el quebrantamiento permanente y definitivo sin solución de continuidad de la convivencia

Pasión por el DERECHO

matrimonial, siendo la voluntad del demandante poner fin a la vida conyugal, no habiendo esperanza de reanudación de la vida conyugal. Además refiere que se encuentra al día respecto al pago de las obligaciones alimenticias.

Respecto a la **causal de imposibilidad de hacer vida en común**, manifiesta los hechos expuestos y los procesos judiciales a los que ha hecho referencia; que además no sólo con su cónyuge se ha quebrantado la vida conyugal, sino también se encuentra enfrentado judicialmente con la familia de ésta, circunstancias que generan toda imposibilidad de hacer vida en común, además de la conducta reprochable de la cónyuge y la incompatibilidad de caracteres.

En relación a la **tenencia de los menores**, señala que ésta la ejerce la madre y con **respecto al régimen de visitas**, el actor lo viene ejerciendo en virtud a la sentencia otorgada por el Cuarto Juzgado de Familia.

En cuanto a los alimentos, éstos han sido regulados por sentencia dictada por el Quinto Juzgado de Paz Letrado de Lince y San Isidro, habiendo fijado la suma de mil quinientos soles (S/.1,500.00), pagaderos en forma mensual y por adelantado, haciendo presente que las pensiones se encuentran pagadas, no teniendo adeudos ni pensiones devengadas, no siendo necesario pronunciarse al respecto, toda vez que ya está establecido por dicho Juzgado de Paz Letrado.

2. <u>CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA</u>

<u>MINISTERIO PÚBLICO</u>.

Mediante escrito de fojas ciento veinticuatro, el **Ministerio Público** contesta la demanda señalando que las causales de divorcio señaladas por el accionante deben acreditarse a través del proceso con los medios probatorios ofrecidos; asimismo, la **pretensión accesoria** será resuelta conforme al pronunciamiento sobre el fondo de la controversia principal.

Pasión por el DERECHO

1. **CONTESTACION Y RECONVENCION**

BEATRIZ ALEJANDRINA CACERES TORI.

Mediante escrito de fecha once de marzo de dos mil doce, obrante de fojas doscientos diecinueve, **Beatriz Alejandrina Caceras Tori** contesta la demanda solicitando que se declare infundada la demanda; refiere que ambos cónyuges en la actualidad siguen residiendo en el domicilio conyugal. Argumenta que en **cuanto a la demanda por abandono injustificado del hogar conyugal;** si bien se retiró el dieciséis de enero de dos mil seis fue debido a las agresiones físicas y psicológicas del actor, regresó a los pocos días para hacer mantenimiento, y a fines del dos mil seis regresó de manera permanente con sus hijos. Refiere que el proceso de alimentos (Expediente N° 150-2006) se encuentra en estado de ejecución de sentencia, siendo su estado actual el de requerir al demandante abone las pensiones alimenticias de sus menores hijos, respecto a los meses de diciembre de dos mil once y febrero de dos mil doce, no cumpliendo con el requisito establecido en el artículo 345-A del Código Civil para solicitar el divorcio por la causal de separación de hecho. Asimismo, señala que entabló demanda de violencia familiar en contra del accionante, tramitado en el Expediente N° 104-2005.

Pasión por el DERECHO

Asimismo formula **reconvención** solicitando que se **declare el divorcio por las causales de abandono injustificado del hogar conyugal; separación de hecho; conducta deshonrosa; violencia física y psicológica**. Solicita que se declare la **pérdida de la patria potestad** del padre respecto de sus menores hijos, así como una **indemnización, adjudicándole el inmueble conyugal**.

En cuanto a la ***causal de abandono injustificado del hogar conyugal***, sostiene que fue el demandante quien abandonó el hogar el veintisiete de octubre de dos mil cinco, conforme su propia declaración en el atestado policial de fecha tres de noviembre de dos mil cinco; siendo su domicilio

actual el ubicado en Pardo y Aliaga N° 680, Departa mento 907, San Isidro. En relación a la causal de ***separación de hecho***, señala que es cierto que se encuentran separados, empero, es por culpa del demandante, desde el veintisiete de octubre de dos mil cinco.

En relación a la causal de ***violencia física y psicológica***, señala que el demandado la ha agredido física y psicológicamente; sin embargo, por vergüenza no lo denunció, a pesar de que el demandado había hecho abandono de hogar el veintisiete de octubre de dos mil cinco, cada vez que se le ocurría iba a su hogar para agredirla; siendo testigos sus hijos y terceros, razón por la cual se vio obligada a salir del inmueble el dieciséis de enero de dos mil seis, con el único fin de salvaguardar su integridad y la de sus hijos. Corre en el expediente N° 603-2006 , proceso de Régimen de Visitas, la Pericia Psicológica N° 055065-2007-P SQ, el Reconocimiento del actor que la agredió físicamente.

En cuanto a la ***conducta deshonrosa***, alega que su aun cónyuge tiene relaciones extramatrimoniales con diversas mujeres, asimismo mantiene una relación extramatrimonial con una señorita exhibiéndose en internet, quien vive en la casa del demandado, y además trabaja en la empresa conyugal, no importándole ser observado por sus menores hijos.

En cuanto a la ***Pérdida de Patria Potestad*** respecto de sus menores hijos, señala que el demandado fue condenado por lesiones dolosas en agravio de su menor hijo; argumenta que el demandado se niega a prestar alimentos a sus hijos no abona las pensiones de diciembre de dos mil once, ni febrero de dos mil doce.

En relación a la ***indemnización*** señala que por todos los daños causados por el demandado debe ordenarse la adjudicación del inmueble conyugal sito en Avenida Aramburu N° 331-3 35, San Isidro, Lima.

Pasión por el DERECHO

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Mediante resolución de fecha diecisiete de octubre de dos mil trece, obrante a fojas cuatrocientos setenta y dos, se resuelve fijar como puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA:

Divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal:

1) Determinar si se ha acreditado el abandono injustificado de la casa conyugal por parte de la demandada.

2) Si se ha acreditado lo anterior, determinar si dicho abandono es por el plazo mayor de dos años continuos o por períodos que excede este plazo mayor.

3) Determinar el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Divorcio por causal de separación de hecho:

4) Determinar si procede declarar el divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges y desde cuando viene estableciéndose.

5) Determinar si dicha separación de hecho ha cumplido los cuatro años ininterrumpidos por tener hijos menores de edad.

6) Determinar si el demandante ha acreditado estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias.

7) Determinar si producto de la separación existe un cónyuge perjudicado y debe ser resarcido.

Divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común:

8) Determinar si se ha acreditado la imposibilidad de hacer vida en común entre las partes.

De la pretensión accesoria:

9) Determinar lo referente a la indemnización por daños y perjuicios, y si los mismos son atribuibles a la demandada.

Pasión por el DERECHO

10) Determinar si dado lo anterior, a cuánto asciende el monto indemnizatorio.

11) Determinar si procede adjudicar a favor del demandante, en calidad de preferente el inmueble de la casa conyugal ubicado en Av. Aramburú N° 331-335, Distrito de San Isidro, Lima.

DE LA RECONVENCION:

Divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal:

12) Determinar si se ha acreditado el abandono injustificado del hogar conyugal por parte del reconvenido.

13) Si se ha acreditado lo anterior, determinar si dicho abandono es por el plazo mayor de dos años continuos o por períodos que exceden este plazo mayor.

Divorcio por causal de separación de hecho:

14) Determinar si procede declarar el divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges y desde cuando viene estableciéndose.

15) Determinar si dicha separación de hecho ha cumplido los cuatro años ininterrumpidos por tener hijos menores de edad.

16) Determinar si el demandante ha acreditado estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias.

17) Determinar si producto de la separación existe un cónyuge perjudicado y debe ser resarcido.

Divorcio por causal de conducta deshonrosa:

18) Determinar si se ha acreditado la conducta deshonrosa por parte de Marco Antonio Zumaeta Alicedo.

19) Determinar si esta posible conducta deshonrosa haga insoportable la vida en común.

Pasión por el DERECHO

Divorcio por causal de violencia física y psíquica:

20) Determinar si la causal de violencia física y psíquica ha caducado.

21) Determinar si se ha acreditado la violencia física y psíquica por parte de Marco Antonio Zumaeta Alicedo.

De la pérdida de la patria potestad:

22) Determinar si procede la pérdida de la patria potestad a Marco Antonio Zumaeta Alicedo respecto de sus menores hijos.

De la indemnización y adjudicación preferente:

23) Determinar lo referente a la indemnización por daños y perjuicios, y si los mismos son atribuibles al reconvenido (demandante).

24) Determinar si dado lo anterior a cuánto asciende el monto indemnizatorio.

25) Determinar si procede adjudicar a favor de la reconviniente, en calidad de preferente, el inmueble de la sociedad conyugal ubicado en avenida Aramburu N°331-335, San Isidro, Lima.

Pasión por el DERECHO

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fecha siete de julio de dos mil quince, obrante a fojas ochocientos ochenta y cuatro, declara: **a) Infundada** la demanda de divorcio por las causales de abandono injustificado del hogar conyugal, e imposibilidad de hacer vida en común. **b) Infundada** la reconvención de divorcio por las causales de abandono injustificado del hogar conyugal y conducta deshonrosa. **c) Improcedente** la reconvención de divorcio por la causal de violencia física y psicológica. **d) Fundada** la demanda y reconvención de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, disuelto para los efectos civiles el vínculo matrimonial; **e) Infundada** la demanda de indemnización formulada por el demandante. **f) Fundada** la reconvención de indemnización formulada por Beatriz Alejandrina Cáceres Tori, en su calidad de cónyuge más perjudicada, señalándose en la suma de ocho mil

nuevos soles. **e) Infundada** la pretensión accesoria de la reconvención, respecto a la pérdida de Patria Potestad.

Considera que con **respecto de la causal de abandono injustificado de la casa conyugal;** de todo lo actuado se aprecia que inicialmente el cónyuge (accionante) se retiró del hogar conyugal con fecha tres de noviembre de dos mil cinco, luego la cónyuge se retiró con fecha dieciséis de enero de dos mil seis, pero regresó y se volvió a retirar en abril de dos mil seis, regresando definitivamente a fines del dos mil seis al domicilio conyugal. Siendo ello así, fue Marco Antonio Zumaeta Alicedo, el primero que se retiró del hogar conyugal con fecha tres de noviembre de dos mil cinco a su nuevo domicilio sito en la Av. Pardo y Aliaga 680 Dpto. 907 San Isidro**,** corroborado su nueva residencia, conforme a lo señalado en su escrito de demanda de fojas trece del expediente acompañado de régimen de visitas (Expediente 603-2006); siendo ello así, el cónyuge no puede fundar su demanda en hecho propio conforme señala el artículo 335 del Código Civil[1]; en consecuencia resulta infundada la demanda formulada por el cónyuge Marco Antonio Zumaeta Alicedo.

De igual manera, respecto **de la pretensión de la cónyuge, Beatriz Alejandrina Caceres Tori,** se puede apreciar que la reconviniente se retiró en dos oportunidades con fecha dieciséis de enero de dos mil seis, regresó y se volvió a retirar en abril de dos mil seis y regresó definitivamente a fines del dos mil seis; siendo así no puede alegar el retiro del hogar conyugal de su cónyuge, cuando ella también se retiró del domicilio en dos oportunidades, por lo que no puede fundar su demanda en hecho propio conforme señala el acotado artículo 335 del Código Civil, en consecuencia no se puede amparar la demanda en este extremo.

Respecto a la **causal de imposibilidad de hacer vida en común,** argumenta que los hechos a los que hace referencia el accionante están relacionados con otras causales invocadas por el actor, por lo que debe

[1] "Ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio"

desestimarse este extremo de la demanda.

Con respecto a la reconvención respecto a la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; se aprecia de los fundamentos de la reconvención que éstos están referidos a hechos ocurridos cuando los cónyuges se encontraban ya separados, esto es, desde que el cónyuge reconvenido se retiró del hogar conyugal con fecha tres de noviembre de dos mil cinco conforme a la denuncia efectuada por él mismo ante la Comisaría de San Isidro, obrante a fojas ciento sesenta y nueve, y si bien señala la reconviniente que su cónyuge desde el año dos mil cinco comete la conducta deshonrosa, ello no se encuentra acreditado; motivos por los cuales no se puede amparar la demanda; señala que los hechos alegados datan del dieciocho de abril de dos mil cinco, cuando la reconviniente denunció a su cónyuge por violencia familiar, Expediente Número 104-2005, tramitado en el Ministerio Público, sin embargo, se desistió de su denuncia, como se aprecia a fojas ciento ochenta y dos, motivos por cuales se archivó dicha denuncia sin haber tenido pronunciamiento al respecto. Del mismo modo, la copia de la pericia psiquiátrica obrante a fojas ciento cuarenta y nueve del expediente acompañado N° 8321-2011, se emitió el veintiocho de diciembre de dos mil siete y los hechos narrados se refieren a cuando los cónyuges vivían juntos, es decir, antes de noviembre del dos mil cinco; respecto a los hechos referidos en las sentencias del Décimo Tercer Juzgado de Familia y Vigésimo Tercer Juzgado Penal obrantes a fojas ciento noventa y ciento noventa y seis, no están referidas al cónyuge, no obstante ello también ha caducado porque están referidas a hechos ocurridos con fecha doce de julio de dos mil diez; siendo ello así y habiéndose interpuesto la demanda vía reconvención con fecha primero de marzo de dos mil doce, la causal ya había caducado.

Respecto a la **causal de separación de hecho;** tanto la parte demandante como la reconviniente han formulado la pretensión de

Pasión por el DERECHO

divorcio por la causal de separación de hecho; por lo que siendo ello así se analizarán conjuntamente. Por un lado, la parte demandante señala que se encuentra separado de su cónyuge desde el dieciséis de enero de dos mil seis, por cuanto la demandada abandonó el hogar conyugal, con la finalidad de sustraerse de sus obligaciones; asimismo, refiere su carácter temperamental e inestable. Por su parte la demandada en su contestación a la demanda ha señalado que es cierto que están separados de hecho, pero por exclusiva responsabilidad del actor, quien no ha cumplido con el requisito del artículo 345-A del Código Civil. Respecto al **requisito de estar al día en el pago de los alimentos**; de autos se aprecia que a la fecha de interposición de la presente demanda de divorcio por parte del actor, esto es, el once de julio del dos mil once, no había en el expediente acompañado de alimentos, la resolución que apruebe alguna liquidación de devengados, habiendo efectuado consignaciones de la pensiones alimenticias, no habiéndose acreditado que no se encuentra al día. Por su parte, el artículo 333 inciso 12 del Código Civil, establece que en la separación de hecho se debe acreditar dicha separación en un plazo de cuatro años si existen hijos menores de edad, como en el presente caso; por lo que teniendo en consideración la fecha de la separación de hecho, el tres de noviembre de dos mil cinco, y la fecha de la demanda, se aprecia que se ha superado el plazo de cuatro años; concurriendo el requisito de temporabilidad de la causal invocada.

Respecto a **la existencia del cónyuge perjudicado con la separación y la posibilidad de resarcir al mismo,** señala que la actora luego de la separación de su cónyuge, ejerce la tenencia de sus hijos, quedándose siempre al lado de ellos, incluso hasta la fecha, brindándole los cuidados que éstos requieren, pues a la fecha de la separación sus hijos tenían la edad de ocho y seis años de edad. Además la cónyuge tuvo que demandar alimentos, circunstancias por la que se considera que **la reconviniente es la cónyuge más perjudicada con la separación de**

Pasión por el DERECHO

hecho, correspondiéndole una indemnización ascendente a la suma ocho mil nuevos soles.

Respecto a la **pretensión accesoria de pérdida de la patria potestad de la reconviniente,** no es posible emitir un pronunciamiento respecto a Marco Antonio Zumaeta Cáceres, ya que a la fecha es **mayor de edad**. En cuanto a la adolescente B. A. Z. C., se aprecia **que no se ha acreditado que el reconvenido de ejemplos corruptos a su hija**,

5. <u>FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN</u>.

Mediante escrito de fojas novecientos veinticinco, Marco Antonio Zumaeta Alicedo formula apelación, en los extremos que desestima la demanda de Divorcio por las causales de Abandono injustificado del Hogar conyugal e Imposibilidad de hacer vida en común, así como respecto al punto que en forma acumulativa demandó la adjudicación a su favor y como pago de indemnización el inmueble conyugal sito en la Av. Aramburu N° 331 – San Isidro; y, en cuanto a la Ind emnización fijada a favor de la demandada. En cuanto al divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, expresa como agravio que en autos ha demostrado con la actuación y medios probatorios aportados al proceso que la demandada se sustrajo de sus obligaciones y abandono el hogar conyugal, llevándose a sus menores hijos. Respecto al divorcio por la causal de Imposibilidad de hacer vida en común, expone que no se ha tomado en cuenta que de acuerdo a los hechos expuestos por cada una de las partes y a los procesos judiciales que existen entre ellos se ha probado que todo ello genera la imposibilidad de hacer vida en común entre los cónyuges. De otro lado, en lo concerniente a la demanda acumulativa de adjudicación del inmueble conyugal a su favor, refiere que la demandada se mostró renuente a la variación de la demanda de divorcio por una de separación convencional y divorcio ulterior, poniendo como condición la venta de la casa en un plazo de treinta días, lo cual

Pasión por el DERECHO

acredita su codicia y ambición; por lo **que debe adjudicarse a su favor, como pago de indemnización, el inmueble conyugal.**

Finalmente señala que la recurrida le causa agravio, en razón que a la demandada no le corresponde ninguna indemnización y que los argumentos expuestos en la apelada no son suficientes para otorgarle la suma fijada en autos, considerando además que ella está cumpliendo su rol de madre.

Por escrito de fojas novecientos cincuenta y siete, Beatriz Alejandrina Cáceres Tori, interpone recurso de apelación, precisando que ha cumplido con acreditar la reconvención de divorcio por la causal de **abandono injustificado del hogar conyugal**, sustentada en el hecho que el accionante hizo abandono del hogar conyugal el tres de noviembre del año dos mil cinco para irse a residir a su nuevo domicilio. En cuanto a la reconvención de **divorcio por la causal de conducta deshonrosa**, señala que no se ha tomado en cuenta que ambas partes mantienen la posesión pacífica, pública y continua del inmueble conyugal y que en tales circunstancias las conductas impropias o escandalosas del actor, le causa un profundo agravio moral y deshonor a su persona. Alega además que erróneamente se ha resuelto que la causal de **violencia física y psicológica** invocada en la reconvención ha caducado, sin tener en cuenta que tales hechos son pruebas de su conducta agresiva.

De otro lado, impugna la sentencia en el extremo que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, la que sustenta en que no se ha acreditado en autos que el accionante al momento de interponer la demanda se encuentre al día en el pago de las pensiones alimenticias.

Finalmente, señala que la suma fijada por concepto de indemnización a su favor no es la idónea, por cuanto no se han valorado los medios probatorios que corren autos y que acreditan el grave daño moral,

Pasión por el DERECHO

familiar, social, psicológico y económico que se le ha ocasionado, al igual que a sus menores hijos. Por último, señala que **la sentencia no emite pronunciamiento respecto a la adjudicación del bien inmueble.**

6. <u>SENTENCIA DE VISTA.</u>

Los Jueces Superiores de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, expiden la sentencia de vista de fecha nueve de mayo de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil ocho:

CONFIRMANDO la sentencia de fecha siete de julio del dos mil quince, obrante de fojas ochocientos ochenta y cuatro a novecientos quince en el **extremo** que declara: **1. Infundada** la demanda de divorcio por las causales de abandono injustificado del hogar conyugal e imposibilidad de hacer vida en común. En el punto **2. Infundada la reconvención** de divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal. **3. Improcedente la reconvención** de divorcio por la causal de violencia física y psicológica; **4. Fundada** la demanda **y reconvención** de divorcio por la causal de separación de hecho. **5. Infundada** la demanda de Indemnización formulada por el demandante**. 6. Fundada** la **reconvención** de indemnización formulada por la demandada Beatriz Alejandrina Cáceres Tori en su calidad de cónyuge perjudicada; y **7**. **Infundad**a la pretensión accesoria de **pérdida de patria potestad,** de la reconvención.

La **REVOCARON** en el extremo que declara **1. Infundada la reconvención de divorcio** por la causal de Conducta Deshonrosa; **Reformándola** en esta parte la **declararon fundada**; **2. Improcedente** la **reconvención de divorcio** por la causal de violencia psicológica; **Reformándola** en este extremo: **Declararon Fundada la reconvención de divorcio por la causal de violencia física y psicológica**. **3**. **El extremo que señala la suma de ocho mil nuevos soles**; **reformándolo**

Pasión por el DERECHO

en esta parte **fijaron por dicho concepto** la suma de quince mil nuevos soles.

Como sustento de esta decisión señalan que, **respecto a la causal de Abandono Injustificado del Hogar Conyugal, formulada por ambas partes**, se tiene que si bien la demandada sustenta su pretensión en que el demandante abandono el hogar conyugal, también lo es que respecto a ello el accionante ha precisado que su retiro fue por incompatibilidad de caracteres y a fin de no perjudicar el bienestar y desarrollo de sus menores hijos, pues era insoportable la vida en común con la demandada, no habiéndose acreditado de manera fehaciente que haya hecho abandono injustificado del hogar conyugal con el fin de sustraerse de sus obligaciones y deberes asistenciales; aunado a ello que conforme a lo actuado en el proceso y a lo expuesto en los precedentes considerandos ha quedado establecido que de igual modo en dos oportunidades la reconviniente se retiró del hogar conyugal.

Respecto a la **apelación formulada por el demandante en cuanto al Divorcio por la causal de Imposibilidad de hacer Vida en Común, los** medios probatorios aportados por el demandante no resultan idóneos para acreditar la causal invocada.

Respecto de **la Reconvención de Divorcio por la causal de Conducta Deshonrosa que Haga Insoportable la Vida en Común, el cónyuge en la evaluación psicológica precisó que su cónyuge vive en el segundo piso con sus dos menores hijos y su persona en el primer piso con su nueva pareja;** lo que evidencia una conducta deshonesta e irregular por parte del emplazado que atenta contra las buenas costumbres, el orden social y que constituye una falta conyugal que torna en insoportable la vida en común.

De la reconvención de Divorcio por la causal de Violencia Física y Psicológica, se tiene que lo resuelto por la *A quo* en este extremo no se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho, teniendo en cuenta que si bien

la Reconvención se ha sustentado en hechos que ocurrieron con anterioridad a la interposición de la demanda; sin embargo, **en cuanto al maltrato psicológico en agravio de la cónyuge, no opera la caducidad prevista por el citado Artículo 339° del Código Civil**, teniendo en cuenta que dicho maltrato a la fecha de la interposición de la demanda y con posterioridad a ella aún ha subsistido.

En cuanto **a la apelación formulada por la cónyuge respecto al Divorcio por causal de Separación de Hecho invocada por el demandante**, de la evaluación conjunta y razonada de los medios probatorios actuados en autos se aprecia que efectivamente los cónyuges se encuentran separados de hecho por un periodo de tiempo superior al previsto por ley, esto es, de cuatro años, teniendo en cuenta que en el presente caso uno de los hijos matrimoniales, aún no ha adquirido la mayoría de edad, habiendo quedado establecido que dicha separación se produjo el tres de noviembre del año dos mil cinco; pruebas que permiten advertir a este Superior Colegiado que se ha producido el quebrantamiento permanente y definitivo de la relación conyugal sin posibilidad de conciliación alguna, configurándose de este modo la causal de Divorcio invocada en la demanda.

Respecto a la **apelación formulada por el demandante contra el extremo que declara Infundada la Indemnización solicitada a su favor,** en esta parte, se tiene que no existen indicios razonables que acrediten de manera alguna que el demandante haya resultado perjudicado moral o personalmente con la Separación de Hecho.

De la apelación formulada por la demandada contra el extremo que fija por concepto de Indemnización la suma de S/.8,000.00 nuevos soles a su favor, se tiene que la separación de hecho de los cónyuges se ha producido por motivos atribuibles al cónyuge, siendo la demandada quien ha resultado perjudicada con la separación de hecho, frustrándose de este modo su proyecto de vida personal y moral, asumiendo sola la

Pasión por el DERECHO

conducción de su hogar familiar, así como la tenencia efectiva de sus hijos Marco Antonio y Beatriz Alejandra Zumaeta Cáceres, quienes eran menores de edad, por lo que procede señalar un monto indemnizatorio a favor de la cónyuge demandada.

III. <u>RECURSO DE CASACIÓN</u>.

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha veinticinco de abril de dos mil diecisiete que obra en el cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por **la demandada Beatriz Alejandrina Cáceres Tori**, por las siguientes causales:

A) Infracción normativa del artículo 333 numeral 5 del Código Civil[2]. Alega que la sentencia ha incumplido con el valor normativo de la disposición en mención, por cuanto ha quedado acreditado que el demandante hizo abandono injustificado del hogar conyugal, además que los agredía física y verbalmente. Aunado a ello, desatendió sus obligaciones como cónyuge y padre de sus menores hijos, por lo que tuvo que iniciar acciones legales para exigir los derechos que les correspondía como alimentistas, todo lo cual ha generado daño moral y económico que debe ser resarcido de manera integral.

B) Infracción normativa del artículo 345-A primer párrafo y 351 del Código Civil. Alega que la pretensión del demandante sobre divorcio por separación de hecho no debió ser amparada, porque contra el accionante existen requerimientos judiciales para que cumpla con el pago de pensiones de alimentos y no ha acreditado haber cumplido. Asimismo, no se ha analizado de manera minuciosa las pretensiones postuladas en su reconvención, debido a que solicitó como indemnización por el daño causado, la adjudicación del inmueble adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, de acuerdo al artículo 345-A del Código Civil; y por el daño ocasionado por la

[2] Abandono injustificado del hogar conyugal como causal de separación de cuerpos

conducta deshonrosa y violencia psicológica la cantidad de trescientos mil soles (S/. 300,000.00) de acuerdo al artículo 351 del Código Civil. [3]

IV. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE.

Que, la materia jurídica en debate en el presente proceso, se centra en determinar: **1.** Si se ha acreditado que el demandante hizo abandono injustificado del hogar conyugal; y **2.** Si la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho formulada por el accionante ha sido debidamente estimada al haberse cumplido con el pago de la pensiones alimenticias. **3.** Si se analizó debidamente lo referente a la indemnización propuesta por la reconviniente.

Pasión por el DERECHO

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA.

1.- En cuanto a la infracción denunciada del articulo 333 numeral 5 del Código Civil, dicha norma señala como causales de Separación de Cuerpos: "(…) 5.- *El Abandono Injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuados o cuando la duración o sumados los periodos de abandono exceda a este plazo"*. En ese sentido, tenemos que la doctrina es unánime en señalar que el abandono de hogar consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito de sustraerse del cumplimiento de las obligaciones conyugales y deberes matrimoniales, siendo éstos, los deberes con el cónyuge, y como con los hijos extensivamente. Al respecto, la intencionalidad de destruir la casa conyugal de manera injustificada mediante la ausencia física y, por ende, el incumplimiento de la asistencia material-afectiva debe ser debidamente probada.

2. En el caso de autos, las instancias han desestimado dichos argumentos esbozados por la parte reconviniente, en mérito a que de los actuados se determinó que si bien inicialmente el cónyuge, Marco

[3] Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Zumaeta Alicedo se retiró del hogar conyugal con fecha tres de noviembre de dos mil cinco, estableciendo nuevo domicilio sito en la **Avenida Pardo y Aliaga 680 Dpto. 907 San Isidro,** dejando constancia de su retiro voluntario del hogar conyugal conforme a la certificación policial de fecha tres de noviembre del año dos mil cinco, obrante a fojas ciento sesenta, lo cual se corrobora con lo manifestado en su escrito de absolución de la reconvención de fojas trescientos cuatro; sin embargo, también la casacionista se retiró con fecha dieciséis de enero de dos mil seis, y que si bien regresó, se volvió a retirar en abril de dos mil seis, regresando definitivamente a fines del dos mil seis al domicilio conyugal, conforme a las propias declaraciones de las partes. Asimismo, no se ha acreditado debidamente que el cónyuge haya hecho abandono injustificado del hogar conyugal con el fin de sustraerse de sus obligaciones y deberes asistenciales.

Pasión por el DERECHO

3. Siendo ello así, **la recurrente no puede fundar su demanda en hecho propio** conforme señala el artículo 335 del Código Civil *"Ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio"*; en consecuencia corresponde desestimar este extremo del recurso.

4.- En cuanto a lo referido por la casacionista quien señala que no debe ampararse la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho formulado por el accionante, por no encontrarse al día en el pago de las pensiones. En ese contexto, debe señalarse que la controversia radica en determinar si procede amparar la demanda de separación de hecho, en mérito al debido cumplimiento de las obligaciones alimenticias de parte del accionante y si le corresponde una indemnización mayor a la casacionista o la adjudicación del bien inmueble conyugal.

5.- El artículo 345-A del Código Civil, establece que: *"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 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"*.

6.- Revisados los autos, se aprecia que la presente demanda interpuesta por Marco Antonio Zumaeta Alicedo, tiene como pretensión principal que se declare disuelto el vínculo matrimonial entre el prenombrado demandante y Beatriz Alejandrina Cáceres Tori. La demandada contestó la demanda, negando que el accionante se encuentre al día en el pago de las pensiones alimenticias.

Pasión por el DERECHO

7.- Que, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones alimentarias, requisito establecido en el artículo 345-A del Código Civil, *" cabe señalar que según la regulación del artículo 345-A, constituye un requisito especial de admisibilidad, estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias. Este requisito ha sido ampliamente reconocido en la jurisprudencia, aunque entendido en algunos casos como requisito de procedibilidad"*[4].

8.- Con respecto a ello, lo manifestado por la demandada carece de asidero, por cuanto si bien alega que el accionante mantiene una deuda

[4]PLACIDO Vilcachahua, Alex; *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*; Gaceta Jurídica, Pág. 51-52.

de las pensiones de diciembre de dos mil once y febrero de dos mil doce, empero, este Colegiado advierte que **a la fecha de la interposición de la demanda, esto es al once de julio de dos mil once, no se ha acreditado que el actor haya adeudado pensiones de alimentos**, razón por la cual debe desestimarse este extremo del recurso.

9. En cuanto al **análisis de la indemnización solicitada** por la recurrente, al respecto el Tercer Pleno Casatorio fijó las reglas que el juez de la causa debe tener en cuenta para la determinación de la indemnización o adjudicación preferente de bien social regulada en la referida norma, estableciendo como precedente judicial vinculante entre otros las siguientes reglas: "***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 345-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 (…)* ***4.*** *Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, debe verificarse del proceso y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias:* ***a) el grado de afectación emocional o psicológica****; (…)* ***c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él*** *y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado;* ***d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio****, entre otras circunstancias*

Pasión por el DERECHO

relevantes. (…) ***6.*** *La indemnización o la adjudicación de bienes* ***tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí****; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar" (*el resaltado es nuestro).

10. Asimismo, el aludido Pleno Casatorio precisa la naturaleza jurídica de la indemnización o adjudicación preferente de los bienes a favor del cónyuge más perjudicado, señalando en su fundamento 54: *"Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil* ***tiene el carácter de una obligación legal*** *(…)". "la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con* ***la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio*** *o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado", (*el resaltado es nuestro).

11. En ese mismo sentido, el fundamento 57 establece que : *"En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta pertinente el criterio puesto de manifiesto, en la Audiencia del Pleno Casatorio, por el profesor Leysser León Hilario, también en* ***calidad de amicus curiae****, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil* ***no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar****, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización*

mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras",(el resaltado es nuestro).

12. Bajo este contexto normativo, jurisprudencial y doctrinario, en el caso de autos se ha determinado que a la fecha en que se produjeron los hechos constitutivos de la causal de divorcio, esto es, al tres de noviembre de dos mil cinco, los hijos procreados dentro del matrimonio, eran aun menores de edad de ocho y seis años de edad, siendo la casacionista quien luego de la separación de su cónyuge, ejerce la tenencia de sus hijos hasta la fecha, brindándole los cuidados que éstos requieren; asimismo tuvo que seguir un proceso sobre régimen de visitas con su cónyuge, tramitado en el expediente acompañado 183504-2006; además tuvo que demandarle por los alimentos; por dichas circunstancias se considera que la reconviniente es la cónyuge más perjudicada con la separación de hecho, correspondiéndole conforme al criterio equitativo de esta Sala Suprema una indemnización ascendente a la suma treinta mil nuevos soles. Y siendo que el bien inmueble forma parte de la sociedad conyugal, corresponderá su liquidación en la etapa de ejecución.

Pasión por el DERECHO

DECISIÓN:

A) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil, esta Sala Suprema declara: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **Beatriz Alejandrina Caceres Tori,** a fojas mil treinta y uno; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha nueve de mayo de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil ocho, **solo en el extremo referido a la reconvención de indemnización que fija el monto indemnizatorio en quince mil soles (S/15,000.00).**

B) **Actuando en sede de instancia: REVOCARON** la sentencia apelada de fecha siete de julio de dos mil quince, obrante a fojas ochocientos ochenta y cuatro, **solo en el extremo que fija el monto indemnizatorio de la reconvención** en la suma de ocho mil soles; y **reformándolo lo fijaron en la suma de treinta mil soles (S/. 30.000.00)**.

C) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano"; bajo responsabilidad; en los seguidos por Marco Antonio Zumaeta Alicedo con Beatriz Alejandrina Cáceres Tori, sobre divorcio por la causal de separación de hecho y otros; y los devolvieron. Por licencia del señor Juez Supremo Távara Córdova, integra esta Sala Suprema la señora Jueza Suprema Céspedes Cabala. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Salazar Lizárraga.**

Pasión por el DERECHO

SS.

HURTADO REYES

HUAMANI LLAMAS

SALAZAR LIZARRAGA

CALDERÓN PUERTAS

CÉSPEDES CABALA

RC/sg