

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA**  
**FACULTAD DE EDUCACION Y HUMANIDADES**  
**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO Y**  
**CIENCIAS POLITICAS**



**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA  
INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO  
CIVIL”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**TESISTAS:**

- Bachiller: MELÉNDEZ MARTINEZ, Nelson Moises
- Bachiller: RUBIÑOS SALAZAR, Claudia Alis

**ASESOR:**

- DR. VILLANUEVA CONTRERAS NOEL OBDULIO

**NUEVO CHIMBOTE – PERÚ**

**2019**

## HOJA DE AVAL DEL PROFESOR ASESOR

La presente tesis titulada: «Criterios innovadores para fijar la Cuantía Indemnizatoria más allá del Tercer Pleno Casatorio Civil», ha sido elaborada según el reglamento para obtener el título profesional de Abogado, mediante la modalidad de tesis, por tal motivo firmo el presente trabajo en calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanatural N° 076-2019-UNS-DEFH de fecha 03 de mayo de 2019.

---

Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS

Asesor

## HOJA DE AVAL DEL JURADO EVALUADOR

Terminada la sustentación de la tesis titulada «Criterios Innovadores para fijar la Cuantía Indemnizatoria más allá del Tercer Pleno Casatorio Civil». Se consideran aprobados a los Bachilleres: Nelson Moises Meléndez Martinez, con código 0201135020 y Claudia Alis Rubiños Salazar, con código 0201135014.

Revisado y aprobado, por el jurado evaluador designado mediante Resolución N° 345 - 2019-UNS-CFEH de fecha 28 de octubre del 2019.

---

Dr. Noel Obdulio Villanueva Contreras

PRESIDENTE

---

Ms. Rosina Mercedes Gonzales Napuri

INTEGRANTE

---

Ms. Eduardo Montenegro Vivar

INTEGRANTE

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA**  
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES



**ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS**

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Auditorio N° 01 de la Biblioteca Central del Campus Universitario, siendo las seis horas y treinta minutos de la tarde del día 22 de noviembre de 2019, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: el Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS, teniendo como integrantes a: Ms. ROSINA GONZALES NAPURI y MS. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, al Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **NELSON MOISES MELÉNDEZ MARTINEZ**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Terminada la sustentación, el graduado respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADO; según el Art. 39° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las siete horas y treinta minutos de la tarde del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 22 de noviembre de 2019

.....  
**DR. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS**  
PRESIDENTE

.....  
**MS. ROSINA GONZALES NAPURI**  
SECRETARIA

.....  
**MS. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR**  
INTEGRANTE

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL  
TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA**  
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES



**ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS**

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Auditorio N° 01 de la Biblioteca Central del Campus Universitario, siendo las seis horas y treinta minutos de la tarde del día 22 de noviembre de 2019, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: el Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS, teniendo como integrantes a: Ms. ROSINA MERCEDES GONZALES NAPURI y Ms. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADA, a la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **CLAUDIA ALIS RUBIÑOS SALAZAR**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Terminada la sustentación, la graduada respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADA; según el Art. 39° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las siete horas y treinta minutos de la tarde del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 22 de noviembre de 2019

.....  
**DR. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS**  
PRESIDENTE

.....  
**MS. ROSINA GONZALES NAPURI**  
SECRETARIA

.....  
**MS. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR**  
INTEGRANTE

## DEDICATORIA

*A Dios, por ser el dador de vida e  
inspirarnos para continuar con ese  
proceso de obtener lo anhelado.*

*A mis padres Carlos y Alicia, por su amor  
incondicional, trabajo y sacrificio; por  
enseñarme a valorar todo lo que tengo y  
por fomentar en mí todo deseo de  
superación.*

*A mis padres Moises y Clara, por ser un  
buen ejemplo a seguir, por su gran  
esfuerzo, dedicación y sabios consejos  
brindados que me permiten seguir cada  
día superándome y lograr mis objetivos.*

## AGRADECIMIENTO

*A Dios por bendecirnos cada día, por ser  
nuestra ayuda y fortaleza en aquellos  
momentos de dificultad.*

*A nuestra alma mater Universidad  
Nacional del Santa, con especial cariño a  
la Escuela Académica de Derecho y  
Ciencias Políticas, por acogernos  
durante seis años y brindarnos tantas  
oportunidades y enriquecer nuestro  
conocimiento.*

*A nuestro asesor el Dr. Noel Villanueva  
Contreras, quien nos guio con su  
conocimiento, paciencia y sobre todo  
rectitud a fin de culminar el presente  
trabajo de investigación.*

**Los autores.**

## PRESENTACION

Señores miembros del jurado:

En cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en el Reglamento General de Grados y Títulos aprobado por Resolución N° 492-2017-CU-R-UNS del 03 de julio del 2017 de la Universidad Nacional del Santa y las disposiciones normativas contenidas en el Currículo de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presentamos a vuestra disposición la tesis titulada: « Criterios innovadores para fijar la Cuantía Indemnizatoria más allá del Tercer Pleno Casatorio Civil » , con el fin de optar el título profesional de Abogado.

La presente investigación versa sobre un problema jurídico-social, en nuestro país: la falta de desarrollo acerca de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho. Asimismo, esta investigación es producto de reflexiones y opiniones críticas, así como del análisis del ordenamiento jurídico nacional, casuísticas judiciales, doctrina comparada que enriquecieron nuestro marco teórico.

## ÍNDICE GENERAL

CARATULA .....	i
HOJA DE AVAL DEL PROFESOR ASESOR .....	ii
HOJA DE AVAL DEL JURADO EVALUADOR .....	iii
COPIA DEL ACTA DE SUSTENTACIÓN .....	iv
DEDICATORIA .....	vi
AGRADECIMIENTO .....	viii
PRESENTACION .....	viii
ÍNDICE GENERAL .....	ix
RESUMEN .....	xiii
ABSTRACT .....	xvii
I. INTRODUCCIÓN .....	18
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	18
1.1.1. DESCRIPCION DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	18
1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN .....	20
1.1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA .....	21
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA .....	29
1.3. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	29
1.3.1. OBJETIVO GENERAL .....	29
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	29
1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS .....	30

1.5. VARIABLES .....	30
1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	30
1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	31
1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	31
1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO .....	34
1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN, Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	36
1.9. BREVE REFERENCIA A LA BIBLIOGRAFÍA .....	37
II. MARCO TEÓRICO .....	38
CAPITULO I: RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA, DIVORCIO Y LOS ELEMENTOS DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO .....	38
1.1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA .....	39
1.2. TESIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA DERIVADA DEL DIVORCIO .....	42
a. Tesis Denegatoria.....	42
b. Tesis Permisiva .....	51
1.2.1. Principio <i>alterum nom laedere</i> .....	58
1.3. ELEMENTOS DE LA CAUSA DE SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DIVORCIO .....	62
1.3.1. CONCEPTO .....	62

“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL  
TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

1.3.2. ELEMENTOS.....	64
CAPITULO II: EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL.....	74
2.1. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.....	75
2.1.1. ACERCA DEL DAÑO.....	84
2.2. REQUISITOS PARA SER CONSIDERADO CÓNYUGE PERJUDICADO	96
2.3. NATURALEZA JURIDICA DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	98
2.3.1. FRANCIA.....	99
2.3.2. ITALIA.....	102
2.3.3. ESPAÑA.....	103
2.3.4. CHILE.....	107
2.3.5. ARGENTINA.....	111
2.3.6. MÉXICO.....	114
2.4. ¿INDEMNIZACIÓN O RESARCIMIENTO EN LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO?.....	117
2.4.1.. CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR LA SEPARACIÓN DE HECHO .....	128
CAPITULO III: CRITERIOS QUE CONTRIBUYEN A CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	133

3.1. DEFICIENCIAS DEL TERCER PLENO, RESPECTO AL DESARROLLO DE LOS CRITERIOS PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO .....	134
3.2. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE CHIMBOTE DEL PERIODO 2017-2018.. .....	139
CASUÍSTICA LOCAL .....	139
3.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00782-2013-PA/TC ¿contiene criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización?.....	170
3.3. PROPUESTA DE CRITERIOS PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA A FAVOR DEL CÓNYUGE MÁS PERJUDICADO POR LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL PERÚ .....	171
3.3.1. PATRIMONIO E INGRESOS DE LOS CÓNYUGES POSTERIOR AL DIVORCIO .....	172
3.3.2. DURACIÓN DE LA RELACIÓN CONYUGAL .....	179
3.3.3. POSIBILIDADES DE ACCESO AL MERCADO LABORAL O DESARROLLO DE ACTIVIDAD LUCRATIVA .....	184
3.3.4. LA EDAD Y SALUD DE CÓNYUGE QUE OSTENTA EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO. ....	189
3.3.5. LA EVENTUAL PÉRDIDA DE LOS DERECHOS PREVISIONALES .....	196
3.3.6. LA COLABORACIÓN QUE HUBIERE PRESTADO A LAS ACTIVIDADES LUCRATIVAS DEL OTRO CÓNYUGE.....	201

III. MATERIALES Y MÉTODOS .....	208
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	208
3.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN .....	209
3.2.1. MÉTODO GENERALES .....	209
3.2.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA .....	211
3.3. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN.....	214
3.4. POBLACIÓN MUESTRAL .....	215
3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	216
3.5.1. TÉCNICAS .....	216
3.5.2. INSTRUMENTOS.....	217
3.5.3. FUENTES PRIMARIAS .....	217
3.5.4. FUENTES SECUNDARIAS .....	218
3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS .....	218
3.7. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS .....	219
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	221
RESULTADO N° 01:.....	221
DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	221
RESULTADO N° 02:.....	227
DISCUSIÓN DE RESULTADO.....	227
RESULTADO N° 03:.....	233
DISCUSIÓN DE RESULTADO.....	233

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL  
TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

RESULTADO N° 04:.....	240
DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	240
RESULTADO N° 05:.....	249
DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	249
V. CONCLUSIONES.....	264
VI. RECOMENDACIONES .....	269
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES .....	270
VIII. ANEXOS.....	293

**ÍNDICE DE TABLAS**

CUADRO 1: MATRIZ DE SISTEMATIZACIÓN .....290

## RESUMEN

El presente proyecto de investigación tuvo como objeto las deficiencias respecto a los criterios como el patrimonio e ingresos de los cónyuges después del divorcio, edad y estado de salud, que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

El tipo de investigación según la profundidad es descriptivo y su enfoque es predominantemente cualitativo; se han aplicado los métodos generales de la investigación científica (método inductivo, método de análisis y el método de síntesis) y métodos propios de la Investigación Jurídica (método dogmático, método hermenéutico, método histórico y el método comparativo).

Se ha obtenido como resultado que los criterios como el patrimonio e ingresos de los cónyuges posterior al divorcio, duración de la relación conyugal, posibilidades de acceso al mercado laboral o desarrollo de actividad lucrativa, la edad y estado de salud que ostenta el desequilibrio económico, la eventual pérdida de los derechos previsionales y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge, contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

**Palabras clave:** separación de hecho, indemnización, desequilibrio económico, Tercer Pleno, criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización.

**Los autores**

## ABSTRACT

The purpose of this research project was to establish whether the criteria such as the assets and income of the spouses after the divorce, age and health status contribute to quantify the compensation in the divorce proceedings for the fact of separation of fact and verified the Same propose them.

The type of research according to depth is descriptive and its approach is predominantly qualitative; the general methods of scientific research (inductive method, method of analysis and the method of synthesis) and methods of Legal Research (dogmatic method, hermeneutic method, historical method and comparative method) have been applied.

It has been obtained as a result that the criteria such as the assets and income of the spouses after the divorce, duration of the marital relationship, possibilities of access to the labor market or development of lucrative activity, the age and health status of the economic imbalance, the eventual loss of the pension rights and the collaboration that he would have provided to the lucrative activities of the other spouse, contribute to quantify the compensation in the divorce proceedings for the cause of de facto separation.

**Keywords:** de facto separation, compensation, economic imbalance, Third Plenary, criteria that contribute to quantify compensation.

**The authors**

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La figura de la separación de hecho, se incorporó a nuestro sistema jurídico mediante Ley N° 27495, entrando en vigencia desde julio del 2001, como causal para declarar el divorcio y/o separación de cuerpos, la cual puede ser solicitada unilateralmente o de forma conjunta, a efectos de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

Al respecto, antes de dictarse el precedente judicial vinculante fijado en el Tercer Pleno Casatorio, existían fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales que resolvían el tema indemnizatorio en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, con criterios distintos, así como muchas veces contradictorios, del cual se evidenció la no existencia de un criterio uniforme en cuanto a dicha figura. Estas contradicciones atendían a que no se tenía en claro cuál era la naturaleza jurídica de la indemnización de la causal de divorcio por la separación de hecho.

Asimismo, a nivel doctrinario, se advertía que ciertos autores consideraban que la naturaleza jurídica de dicha indemnización tenía carácter alimenticio, reparador, así como de obligación legal y una mayoría doctrinaria la consideraba con un tipo de responsabilidad civil (específicamente extracontractual). Es por ello que, a raíz del citado

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

precedente judicial, se determinó que dicha naturaleza jurídica es de obligación legal destinada a corregir la inestabilidad económica e indemnizar el daño a la persona que se pudiera producir como consecuencia de la separación de hecho (Canales, 2017).

A nivel de las investigaciones (nacional), pudimos advertir que la mayoría de estas solo redundan en describir las desventajas que ocasiona el no comprender la real naturaleza jurídica de la indemnización en estudio, además de reconocer que el juez obligatoriamente debe aplicar el artículo 345- A del Código Civil. Incluso, algunos estudios pretenden en señalar que la causal por separación de hecho se debe derogar pues atenta contra el principio de protección familiar ya que dicha causal permite que el cónyuge culpable se beneficie acudiendo por vía judicial a solicitar la disolución de su matrimonio, demostrando con ello que las familias se van desintegrando y que el Estado debe cumplir con su rol de promover el matrimonio, por lo que aumentar las causales haciéndolas cada vez más flexibles atentaría contra la familia. En otras investigaciones muy acertadas se establecen los criterios para identificar al cónyuge perjudicado. Por consiguiente, de la mayoría de estos estudios ninguno pudo llegar a identificar correctamente la naturaleza jurídica ni mucho menos los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria.

Luego del análisis realizado a las investigaciones que citaremos más adelante, a las sentencias, a la doctrinaria, podemos señalar que en estas no se ha abordado el tema de estudio respecto a los criterios que permiten

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

fijar la cuantía indemnizatoria. Además, lo que nos preocupa del Tercer Pleno Casatorio Civil y que es objeto de nuestra investigación es la deficiencia en el desarrollado de los criterios que permitan fijar la cuantía indemnizatorio; puesto que si bien es cierto se hace un mero intento de citar ciertos supuestos regulados en otra legislación como la española esto no es suficiente para su aplicación práctica en el ámbito jurídico por parte de los juzgadores, así como de los abogados.

Finalmente, advertimos que es preciso mencionar que, a efectos de fijar un monto indemnizatorio en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, lo que se debe analizar no es el dolo ni la culpa de ambos cónyuges, sino el desequilibrio económico que se vislumbra luego de dicha separación, es decir, el menoscabo económico acaecido por uno de los cónyuges después de la separación en comparación a la mantenida durante su vínculo matrimonial.

### **1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN**

La presente investigación tiene como objeto las deficiencias respecto a los criterios como el patrimonio e ingresos de los cónyuges después del divorcio, edad y estado de salud, que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

### 1.1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Armas (2010) en su trabajo de investigación titulada *“Las consecuencias indemnizatorias de la separación de hecho en el derecho peruano”*, presentada en la Universidad San Martín de Porres, para la obtención del grado de doctor en derecho, como una de sus conclusiones considera que la indemnización derivada de un proceso de divorcio, tiene como naturaleza jurídica la obligación legal indemnizatoria que es atribuida a favor de uno de los cónyuges con el fin de corregir, por medio de un monto dinerario, la inestabilidad o desequilibrio económico ocasionado por dicha separación lo cual les impide desarrollarse en forma distanciada en un plano de igualdad. Es por ello, que su naturaleza no puede ser propia de un daño y no puede derivarse de una responsabilidad civil. Sin embargo, encontramos una contradicción en dicha tesis, pues en el desarrollo de la misma la autora alega que para establecer la indemnización por daño moral debe estar probado que existe un nexo causal que relacione a la víctima- afectado – con el presunto autor, es decir, considera amparable dicha indemnización por la existencia del daño moral que es resarcible al cónyuge inocente y que estos daños son ocasionados por conductas del cónyuge culpable del divorcio. Por lo tanto, se aprecia impresiones al no distinguirla con figura de la responsabilidad civil.

García (2014) al elaborar su tesis de investigación titulada *“Reflexiones sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio, a la luz del Tercer Pleno Casatorio Civil”*, presentada en la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Universidad de Piura, para obtener el título profesional de abogado, concluyó que en nuestro país la indemnización establecida en el artículo 345-A del Código Civil es de naturaleza de responsabilidad civil familiar contractual, al ser un tipo de daño causado dentro de la familia, el cual recibe la denominación de daños endofamiliares. A su vez, considera que entre el daño al proyecto de vida y el daño de vida matrimonial no existe igualdad, pues este último es ocasionado entre los consortes y su origen se fundamenta en la separación de hecho; y aunque, su análisis difiere de la nuestra, en su investigación advertimos el desarrollo doctrinario de los diferentes enfoques sobre la naturaleza jurídica de la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

Calisaya (2016) en su tesis nombrada *“La indemnización por inestabilidad económica tras la separación de hecho: criterios para la Identificación del cónyuge más perjudicado”*, presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para obtener el grado de magíster en Derecho Civil, en una de sus conclusiones considera que comprender la correcta naturaleza jurídica de la indemnización en estudio y sobre todo identificar quien es el cónyuge perjudicado va permitir revertir la situación de inestabilidad económica en que se encuentra como consecuencia del divorcio.

Por otro lado, agrega que entre las deficiencias que contiene dicho artículo se encuentran: que no existe un estudio preciso que permita establecer la naturaleza jurídica; además su ámbito de aplicación es

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

incompleto. Agrega que no es correcta la conexión entre la indemnización por inestabilidad económica con el derecho alimentario que se da entre los esposos; asimismo, acota que dicho artículo no contiene criterios que permitan identificar al cónyuge perjudicado, de la misma forma no se vislumbra criterios que permitan fijar el monto de la indemnización. Es por ello que, el autor concluye que se debe efectuar una reforma que permita corregir estas deficiencias las cuales pueden generar injusticias.

Monzón (2008) en su tesis denominada: *“Indemnización por daños en el divorcio por causal de separación de hecho”*, presentado en la Universidad Nacional del Altiplano – Puno, para optar el grado de Magister con mención en Derecho Privado plantea como objetivo general que es necesario que los jueces apliquen de forma obligatoria el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, respecto a la indemnización, aun cuando no hayan sido demandados y/o reconvenidos para que no se afecte el principio de predictibilidad ni de seguridad jurídica en las resoluciones judiciales. Es por ello, que en una de sus conclusiones señala que la naturaleza jurídica contenida en el artículo antes citado es de naturaleza imperativa, pues se impone a los jueces pronunciarse y fijar una indemnización. No obstante, advertimos de dicho trabajo que contiene incongruencias muy resaltantes, pues en el desarrollo del mismo, el investigador argumenta que aquel daño derivado de la separación de hecho está referido a un supuesto de responsabilidad civil producida por la conducta antijurídica del cónyuge que ocasionó el no

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

continuar con el vínculo matrimonial, concurriendo de esta manera como factor de atribución.

Espinola (2015) en su tesis titulada: *“Efectos jurídicos de aplicar lo prescrito en el artículo 345°-A del Código Civil, en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho luego del Tercer Pleno Casatorio”*, presentado en la Universidad Privada Antenor Orrego, para obtener el título de abogada, llega a la conclusión que las casaciones emitidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema se están aplicando de forma flexible los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, con el fin de darle efectividad a los efectos discutidos en los procesos de familia.

Además, refiere que se pudo demostrar que, en aplicación del Tercer Pleno Casatorio, la naturaleza jurídica de dicha indemnización es de obligación legal la cual encuentra fundamento en la equidad y solidaridad familiar puesto que lo que se trata de indemnizar son daños ocasionados dentro del matrimonio (daños endofamiliares).

Reyes (2016) en su tesis: *“La indemnización al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho. A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N.º 00782-2013-PA/TC de 25 de marzo de 2015”* presentada en la Universidad de Piura para optar el título de abogado, obtiene como una de sus conclusiones que el divorcio produce un daño y por ende detrimento a uno de los esposos por

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

ello sostiene que la indemnización al cónyuge afectado en los procesos de separación de hecho, regulada en nuestro sistema jurídico, constituye un supuesto de responsabilidad civil que tiene como objetivo compensar o reparar el daño ocasionado. Dicha investigación considera que la indemnización imputada al cónyuge perjudicado está fundamentada en el principio de equidad y solidaridad familiar con el fin de restituir su integridad psíquica.

Ruiz (2013) en su tesis nombrada “*Naturaleza jurídica de la asignación otorgada al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de Separación de Hecho*” presentada ante la Universidad Nacional de Cajamarca para obtener el título profesional de abogado, concluyó que es impertinente aplicar la responsabilidad civil en el divorcio por la causal de separación de hecho pues en el mismo no existe ningún tipo de factor de atribución subjetivo. Por lo contrario, en este tipo de procesos se requiere cumplir con tres requisitos: a) objetivo, referido al quebrantamiento del deber de cohabitación, b) subjetivo, al no querer reanudar la convivencia, c) temporal: por el término de dos años al no existir hijos menores de edad y cuatro cuando si los hay. Además, considera que esta indemnización está referida a que el patrimonio de uno de los cónyuges sea trasladado hacia el otro, lo cual no implica una construcción de daños resarcibles; en cambio al abordar el tema de resarcimiento se está vinculando claramente a la tesis de la responsabilidad civil que implica tres clases de daños: patrimonial, moral

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

(extrapatrimonial) y el biológico, siendo inoperante el daño al proyecto de vida y a la persona como categorías a ser resarcidas.

Armas (2018) en su tesis nominada *“La derogación de la causal de Separación de Hecho por vulnerar el principio de protección de la familia en el distrito judicial de Tacna 2015”* presentada en la Universidad Privada de Tacna, para obtener el título profesional de abogado, afirma que, con la inclusión de la causal de separación de hecho, las familias se están disolviendo y es el Estado quien está promoviendo dicha disolución al no cumplir con la finalidad establecida por la Constitución, esto es, la promoción del matrimonio y protección de la familia. Agrega que con esta inclusión se está permitiendo que el cónyuge culpable acuda a la vía judicial a efectos de solicitar la disolución de su matrimonio; es decir, lo premian por dicha la disolución.

Huaman (2012) al elaborar su tesis de pregrado, lo titula como *“Ejecución de la indemnización para el cónyuge perjudicado, como consecuencia de la causal de la separación de hecho, en el juzgado de familia de la Corte Superior de Huancavelica durante el año – 2012”* presentada en la Universidad Nacional de Huancavelica para obtener el título profesional de abogado, señala que el Juez al momento de dictar sus fallos sean fundados o infundados estos deben encontrarse debidamente motivados y debe de valorarse considerablemente los medios probatorios brindados por las partes durante todo el proceso. En tal sentido recomienda a los Juzgados de Familia ejecutar las

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

indemnizaciones que se encuentran en trámite a efectos de garantizar la correcta administración de justicia.

Ataupillco (2016) al elaborar su tesis designada como *“Las sentencias de divorcio sobre separación de hecho”* presentada en la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga para optar el título de abogado concluye que en las sentencias de divorcio por separación de hecho se refleja la situación familiar deteriorada ya que muchos de ellos no tienen la voluntad de continuar la convivencia matrimonial entre los cónyuges. En tal sentido, el investigador recomienda que deben existir propuestas normativas para proteger a la familia matrimonial empezando desde el gobierno central y no incentivar al divorcio masivo. Además, afirma que siempre debe primar el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

Arteaga (2018) en su tesis nominada *“La responsabilidad civil extracontractual para determinar la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho”* presentada a la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo para optar el título de abogado concluye que si bien a lo indicado por la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio la naturaleza jurídica de la indemnización por la causal de separación de hecho es de obligación legal, su postura es más bien de responsabilidad civil -extracontractual, ya que se adecua con todos los requisitos para su configuración los cuales son: la antijuricidad, el daño, el factor de atribución y el nexo causal. De igual forma considera que a efectos de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

determinar la indemnización, todo juez debe tener como parámetros a aplicar la afectación que tiene el cónyuge perjudicado en su aspecto emocional y psicológico, así como tener en cuenta quien de los cónyuges se ha quedado con la tenencia o custodia de los hijos menores, y como producto de ello se haya interpuesto pensión de alimentos, así como la relación económica existente entre ambos cónyuges.

Andía (2016) en su tesis titulada como *“La separación de hecho, como causal objetiva del divorcio remedio, Huancavelica – 2015”* presentada en la Universidad Nacional de Huancavelica para optar el título profesional de abogado como una de sus recomendaciones señala que los jueces al momento de admitir las demandas de separación de hecho, solo deben de verificar que se cumpla con la separación fáctica, es decir, que se constate que la ruptura entre ambos cónyuges es definitiva. Además, concluye que en esta causal no se debe de tomar en cuenta el factor de atribución (dolo o culpa de uno de los consortes).

Como se advierte de los estudios antes señalados, podemos notar que estos se centran en estudiar las diferentes concepciones acerca de la naturaleza jurídica de la indemnización por la causal de separación de hecho, sus efectos jurídicos, así como realizar una interpretación del Tercer Pleno Casatorio Civil a efectos de identificar al cónyuge perjudicado; más no advertimos de las mismas que tengan una relación directa con nuestro tema objeto de investigación que es fundamentar si los criterios como el patrimonio e ingresos de los cónyuges después del

divorcio, edad y estado de salud, contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho y verificado los mismos proponerlos.

## **1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

¿Qué criterios contribuirían a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho con referencia a las sentencias expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote en el año 2018?

## **1.3. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

- a. Fundamentar si los criterios como el patrimonio e ingresos de los cónyuges después del divorcio, edad y estado de salud, contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a. Analizar los fundamentos sobre el deber de indemnizar en el derecho de familia.
- b. Analizar a través de la doctrina y la jurisprudencia la naturaleza jurídica de la indemnización otorgada en el divorcio por causal de separación de hecho.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

- c. Identificar las deficiencias del Tercer Pleno Casatorio Civil respecto al desarrollo argumentativo de los criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización.
- d. Analizar si en el derecho nacional y comparado se pueden extraer criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho; incluyendo en dicho análisis las sentencias expedidas en los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote en el año 2018.
- e. Proponer criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de divorcio.

### **1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS**

Los criterios como el patrimonio e ingresos de los cónyuges después del divorcio, edad y estado de salud, contribuirían a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, con referencia a las sentencias expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote en el año 2018.

### **1.5. VARIABLES**

#### **1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE**

Los criterios como el patrimonio e ingresos de los cónyuges después del divorcio, edad y estado de salud.

**1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE**

Contribuirían a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho con referencia a las sentencias expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote en el año 2018.

**1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Mediante la presente investigación, se pretende cubrir un vacío jurídico aún no realizado en las investigaciones de nuestro país, vinculadas a la institución jurídica del divorcio específicamente en una de sus causales, la separación de hecho, establecida en el artículo 345-A del Código Civil, el mismo que se ubica en el Libro de Familia.

Sobre la búsqueda de investigaciones, no cabe duda de la concretización de bien elaboradas investigaciones vinculadas a este tema; no obstante, de la mayoría de ellas se observa que las mismas se conducen máxime a determinar la naturaleza jurídica de la indemnización otorgada o abordan sus aspectos procesales, así como se aventuran a establecer criterios que sirvan para identificar a uno de los cónyuges, como el más perjudicado, siendo esto último muy trascendental; sin embargo a ello, lo que nos motiva en la presente investigación es indagar sobre cuáles serían los criterios que se deberían tener en cuenta se para fijar el monto de la indemnización ante la existencia de un proceso de divorcio, previsto en el artículo 345-A del Código Civil interrogante básica pero que aún no se ha logrado observar en alguna otra investigación.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Ahondando un poco el tema, la indemnización como ha quedado precedentemente establecida mediante el Tercer Pleno Casatorio Civil, es de naturaleza de obligación legal siendo beneficiario de ella el cónyuge más perjudicado, esto específicamente dicho en palabras básicas quien ostenta inestabilidad económica, independientemente de toda atribución de culpa en uno de los cónyuges o en ambos, ya que lo que se intenta es proteger la estabilidad económica y no está destinada a resarcir daños atribuibles a los cónyuges.

Lo anteriormente precisado con respecto al tema de fundamentar y proponer criterios que contribuyan a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, hemos observado que los jueces, al emitir sus sentencias en dichos procesos, no fundamentan en mérito a criterios específicos, para fijar una cuantía indemnizatoria a favor del cónyuge más perjudicado; solo se evidencia una mera apreciación subjetiva al fijarlos, siendo en algunos casos criterios ausentes de objetividad. Esto genera en algunas situaciones una idea de injusticia en los beneficiarios de una sentencia, pretendiendo de esta manera, como parte de la presente investigación, analizar algunas sentencias emitidas por los Juzgado Especializados de Familia de Chimbote.

A través de ella, contribuiremos a brindar un conocimiento y aporte jurídico que servirá para unificar el derecho poniendo la primera piedra con la presente investigación siendo esta de mucha utilidad para la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

comunidad jurídica, pregonando siempre por la seguridad jurídica y el ideal de justicia que todos deseamos. Por ello, consideramos que el presente proyecto es un gran avance en el derecho de familia; no obstante, cabe la posibilidad de que futuras investigaciones puedan ampliarla.

Además, lo principalmente pretendido en la presente investigación es fundamentar y proponer criterios que contribuyan a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, por parte de los jueces, lo cual permitirá dotar de seguridad jurídica al momento de emitir una sentencia, asegurando la idea de justicia en sus beneficiarios. Además, dichos criterios se implementarán en nuestro ordenamiento jurídico mediante un proyecto ley.

De ahí que con la presente investigación se tendrá como beneficiarios a:

- Los litigantes y sus abogados ya que se alcanzará un material de estudio-investigación, con la finalidad de dotarlos de nuevos conocimientos con respecto a los criterios que deberían tomar en cuenta al momento de solicitar la cuantía indemnizatoria en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, lo cual ayudará en mucho a nuestro sistema de justicia.
- En relación con los jueces la investigación coadyuvará para que sus pronunciamientos alcancen mayores niveles de razonabilidad y

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

proporcionalidad, así como uniformidad de criterios al momento de fijar la cuantía indemnizatoria.

No debe perderse de vista que lo que se pretende en el Derecho es básicamente cubrir los vacíos legales, pretendiendo con ello amparar un ideal de justicia, lo cual permitirá al justiciable tener la percepción de que la obtuvo, es más le permitirá proyectarse a que su indemnización será conforme a criterios base.

### **1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO**

La presente tesis se desarrolla de acuerdo a la siguiente estructura: el Marco Teórico, que está conformado por tres capítulos: CAPITULO I, denominado: “Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia, Divorcio y los elementos de la causal de Separación de Hecho”, donde se desarrolla temas como aspectos históricos sobre la responsabilidad civil en el derecho de familia, tesis de la responsabilidad civil en el derecho de familia, concepto y elementos constitutivos de la causal de separación en el divorcio; CAPITULO II, denominado: “ El Tercer Pleno Casatorio Civil”, en el que se detalla que se entiende por desequilibrio económico, concepto de daño, especificando el daño al proyecto de vida matrimonial, así como el daño a la persona y daño moral, asimismo, se describe requisitos para ser considerado cónyuge perjudicado, se analiza la naturaleza jurídica de la indemnización en el derecho comparado y la diferencia entre la indemnización o el resarcimiento en la causal de separación de hecho. CAPITULO III, denominado: “ Criterios que

## **“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho”, en este último capítulo se describe las deficiencias del tercer pleno respecto al desarrollo de los criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización y la opinión de diversos expertos en la materia, para proceder a analizarlos y contrastarlos con las sentencias expedidas por los jueces especializados de familia de Chimbote; luego se explica cómo se aplicaría los criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho. Una vez concluido el marco teórico, se describen los Materiales y Métodos, aquí se explica los métodos empleados, las técnicas e instrumentos para recolectar datos y los procedimientos para analizarlos, luego detallamos los resultados, la discusión las conclusiones, las recomendaciones y finalmente las referencias bibliográficas.

**1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN, Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

La presente investigación, según su aplicabilidad o propósitos, es de tipo Básica, y cuenta con un diseño de Investigación – Acción, porque busca resolver cuestionamientos cotidianos mejorando experiencias concretas. Nos permitió apreciar de manera objetiva, la deficiencia del desarrollo jurídico en el Pleno respecto a los criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización a favor de uno de los ex cónyuges, siendo este, el más perjudicado; permitiéndonos mediante el mismo proponerlos y desarrollarlos para una correcta aplicación.

En la presente investigación se aplicaron, Métodos Generales de la Investigación y Métodos propios de la Investigación Jurídica; dentro los primeros se aplicó el Método Inductivo que permitió explorar observando y describiendo la realidad problemática para llegar a conclusiones y recomendaciones que se plasmaron en la presente tesis. Asimismo, los métodos jurídicos empleados fueron el Dogmático pues se recurrieron a fuentes formales de los derechos, el Método Histórico pues se recurrió al estudio de los antecedentes doctrinales y legislativos de la indemnización por la causal de separación de hecho y cómo ha sido aplicado en la actualidad, el Método Hermenéutico que permitió la interpretación de la legislación revisada en la presente investigación y el Método Comparativo pues identificamos diferencias normativas

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

teóricas y doctrinarias de varios sistemas jurídicos a nivel nacional e internacional.

### **1.9. BREVE REFERENCIA A LA BIBLIOGRAFÍA**

Es importante mencionar que fue necesario emplear libros físicos obtenidos en las bibliotecas de las siguientes universidades: Universidad Nacional del Santa, Universidad Privada San Pedro, Universidad Privada del Norte; así como libros, revistas y artículos virtuales autorizadas online. La información virtual fue obtenida en repositorio de universidades y portales confiables.

**II. MARCO TEÓRICO**

**CAPITULO I: RESPONSABILIDAD  
CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA,  
DIVORCIO Y LOS ELEMENTOS DE LA  
CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

**1.1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA**

Como antecedente histórico en el derecho comparado podemos referir que la inmunidad entre esposos tiene sus orígenes en el antiguo common law y básicamente se fundaba, según los tratadistas del derecho histórico, en la doctrina de la marital unity, que consistía en que, durante el matrimonio tanto mujer como varón serían una sola persona. Esta doctrina con mucha repercusión bíblica, resaltaba la falta de capacidad jurídica de la mujer, la que cambió al comienzo de la segunda mitad del siglo XX, cuando aparece las Married Women's Property Acts (establecidas a partir de 1844 en los Estados Unidos y posteriormente, en 1870 y 1882, en Inglaterra), en la que se otorgaba a la mujer casada capacidad patrimonial, así como litigar la defensa de sus bienes propios y el ejercicio de seguir acciones indemnizatorias por daños patrimoniales (Ferrer, 2001).

Por ende, al basarse la familia solamente en la figura del marido como jefe, este tenía poderes absolutos tanto para su mujer como para los hijos, conociéndose dicha figura como potestad marital y patria potestad, respectivamente.

Tradicionalmente la responsabilidad civil ha sido una institución ajena al ámbito familiar, esto marcado por el tipo de familia patriarcal que consistía en que el marido era quien ostentaba la jefatura en su hogar, por lo que la injerencia del Estado en ella era muy reducida. No obstante, con el paso de los años, la figura de la familia evoluciona, ya no se hablaba solo del patriarcado, sino que se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad entre los cónyuges, por ello

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

la intervención del Estado se hace inevitable con el fin de garantizar que se haga efectivo dicho principio, además de respetar los derechos fundamentales y los intereses legítimos de los integrantes de la familia (De Verda, 2007).

De otro lado, también existen autores que consideraban ampliar la figura de la responsabilidad civil al Derecho de Familia, pues sostenían, como se mencionó anteriormente que los cambios originados en las relaciones familiares, especialmente a mediados del siglo XX, permiten hacer referencia a una nueva familia, diferente de la tradicional; recalcando la libertad que debe existir en todas las relaciones en familia, las cuales están recogidas en normas jurídicas tanto a nivel internacional como en el interior de un país; además de no dejar impune un daño que es merecedor de una reparación. Por tanto, ser miembro de una familia no puede considerarse como una atenuante, sino como una agravación que compromete de mayor forma al causante del daño. En consecuencia, se sostiene que el Derecho ha remarcado que, tanto en el matrimonio como en la familia, existe el libre desarrollo de la persona humana, así como de la integridad de todas las personas que integran una familia (Herane, 2007).

En nuestro país durante mucho tiempo, tanto en el ordenamiento jurídico y por algún sector de la doctrina no se consideraba que aquel perjuicio patrimonial o extramatrimonial ocasionado por los miembros dentro de la familia debía tener reparación, ya que el objetivo siempre fue, mantener la estabilidad familiar, a pesar del sufrimiento de alguno de sus miembros, y esto debido a que el Derecho de Daños estaba ajeno al Derecho de Familia (Torres, 2016).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

En el derecho de familia el resarcimiento por los daños es una de las cuestiones de actualidad que ha venido siendo objeto de un tratamiento particular debido a los problemas que se generan al aplicar la responsabilidad civil entre los miembros que integran una familia.

Por ende, no podemos dejar de mencionar que, existen muchos daños que pueden generarse dentro del núcleo familiar, los cuales muchas veces son de gran repercusión para la víctima; no obstante, no son exigidas – pues muchos consideran - al no estar reguladas de forma expresa en nuestro Código Civil; ante ello no se puede admitir que ciertas conductas reflejadas en el causar daño, antisociales o en conflicto con el vínculo matrimonial y filiatorio queden impunes (Torres, 2016).

Como refería Dutto (2006), todo el sistema jurídico “se encuentra bajo los principios generales del derecho, por ello al existir un comportamiento antijurídico debe aceptarse una reparación” (p. 22); además porque el derecho en general siempre se ha inclinado a proteger a los más débiles con el objeto de restituir la igualdad que ha sido quebrantada, donde la familia era el bien a resguardar.

Por tanto, al haber evolucionado el Derecho de Familia, se ha eliminado la concepción de que la responsabilidad por los daños acaecidos en el núcleo familiar no es indemnizable, por lo tanto, debe entenderse que dicha responsabilidad se funda en el principio general del derecho *alterum non*

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

*laedere*; el cual exige el no dañar a otros injustificadamente; además nuestro sistema jurídico en el artículo 1969 del Código Civil reconoce este principio.

Por consiguiente, actualmente se debe poner mayor atención a la persona de la víctima y no en el victimario, esto en palabras de la doctora Gandolla (2001) es: “se deja de mirar al dañador para observar, atentamente, al dañado” (p. 48).

### **1.2. TESIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA DERIVADA DEL DIVORCIO**

Como lo mencionamos anteriormente, el resarcimiento de los daños derivados de la familia ha sido uno de los temas más discutidos en el Derecho de Familia, pues no se puede dejar de lado que existen situaciones que pueden generar daño no solo a las personas sino a sus bienes. En tal sentido, en la doctrina respecto a este tema existen dos tesis, que explicaremos a continuación.

#### **a. Tesis Denegatoria**

Esta tesis es conocida también con el nombre de “teoría tradicional o clásica”. Entre los autores que la respaldan, se encuentran: Babiloni, Borda y Llambías.

Conforme lo describen Belluscio y Zannoni, se consideraba que los deberes emanados entre cónyuges no tenían por qué ser resarcidos mediante la responsabilidad civil, pues estos eran considerados deberes morales (citados por Osterling y Castillo, 2003).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

La principal controversia, como lo expone Martínez (2008), era la independencia del Derecho de Familia frente al resto del Derecho Civil y la posible inmunidad que esto acarrea- la cual permitía la exención de responsabilidad civil.

Atendiendo a ello, habría que definir qué es lo que se entiende por inmunidad, Vargas (2009) la define como “la libertad para dañar, amparados en la relación familiar” (p.107), que como regla moral impedía que se litigue por los hechos acaecidos dentro de una familia. Esto ocurría por la no injerencia del Derecho Civil en un ámbito reservado al Derecho de Familia, esto es, que si la inmunidad era óbice que permitía excluir la imputabilidad en los cónyuges transgresores de los deberes conyugales, se negaría la posibilidad del resarcimiento del daño causado.

Cuando mencionábamos que anteriormente existía la denominada inmunidad y que esta era absoluta, se consideraba que al tener la calidad de ser esposo o esposa, padre o madre establecía quedar libre de cualquier responsabilidad, dejando de lado cualquier situación; por ejemplo, una intención de alguna conducta dañosa, o dada la naturaleza de esta que en el transcurso se pueda producir algún tipo de daño. Históricamente, siempre se hablaba de una ideología donde dominaba el padre de familia, y esta se caracterizaba por el poder y sometimiento en que se encontraban los integrantes de su familia, y en donde el derecho confirmaba dicha situación en aras de resguardar la paz y la privacidad dentro de la familia con el fin de evitar que se disputen cualquier daño que emane de ella (Vargas, 2015).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

A decir de Manasevich, citado por Vargas (2015) los mayores fundamentos para negar la acción resarcitoria serían el contenido predominantemente ético-moral existente, además de la imposibilidad de cumplirlos, lo cual conlleva a considerarlos solo como deberes específicos de una conducta, más no como obligaciones, pues se considera que para que surja sería necesario el incumplimiento de una obligación ( en estricto) o el deber general de una conducta, no admitiéndose los deberes que emanan del matrimonio. Asimismo, el autor cita a Hernández, quien a similar concluir arriba, en cuanto señala que al incumplir los deberes matrimoniales no es posible admitir el resarcimiento, esto al ser considerados solo como de contenido predominantemente moral que está por encima del jurídico, así como que no existe un dispositivo jurídico que permita cumplir con su naturaleza.

Otras posturas que negaban que se regule un mecanismo jurídico para los daños producidos entre los miembros de una familia se sustentaban en una concepción psico-afectiva que emanaba de la relación conyugal que está por sobre cualquier situación jurídica que emane de la misma, pretendiendo desligar a esta institución de todo aspecto patrimonial (Cayro, 2012).

Entre otros argumentos se considera que las soluciones a los obstáculos que surgen en las familias deben indagarse dentro del derecho de familia, en cuanto a su regulación y aplicación de las consecuencias que sus normas prevean. Ello a raíz de que en dicho estatuto jurídico se ha establecido sanciones específicas por el incumplimiento de tales deberes, y esto

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

conllevaría a una doble sanción, esto por cuanto a decir de Tapia (2015) existen molestias que deben ser permitidas y admitir el ejercicio indiscriminado de la acción de perjuicios conllevaría a que se discutan casos muy insignificantes y sin mayor sustento se empiecen a ventilar, congestionando más aún a los tribunales de familia.

Se asevera que en toda familia debe prevalecer vínculos de solidaridad y generosidad (Hernández, citado por Vargas 2015), que se estarían menguando si es que se da la posibilidad de interponer acciones judiciales, y si bien es posible que dentro de las relaciones entre los miembros de una familia se originen daños, a tales hechos no corresponde emplear la figura de la responsabilidad civil, puesto que al ventilarlo a nivel judicial traería como resultado el decaimiento del instituto de la familia. Así continúa Cornejo (2012), mencionando las consecuencias que acarrea tomar esta posición:

- **Desincentivo del matrimonio**

Se ha señalado que acceder a la procedencia del resarcimiento de estos daños originaría un desincentivo a casarse, dado además los gastos de litigación, siendo el cónyuge culpable quien asumiría el valor de dicho resarcimiento. Lo cual sería una razón adicional para que las parejas no contraigan matrimonio.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

- **Derecho a la formación, crianza y educación de los hijos**

Referido a que tanto madre y padre estarían impedidos del libre ejercicio del derecho de educación de sus hijos, si es que se les hiciera responsable de los daños realizados en el ejercicio de su facultad de educarlos.

- **Especialidad de las normas del Derecho de Familia**

- Se sostiene que el Derecho de Familia está compuesta por normas específicas y que su aplicación debe primar sobre el estatuto de la responsabilidad civil, manifestadas estas en tres situaciones:
- Los principios que la rigen, por cuanto en el Derecho de Familia se rigen tanto por los principios generales del Derecho, así como por los derechos específicos: el interés superior del niño y la protección al cónyuge más débil.
- Las materias que lo regulan, ya sea como el matrimonio y las relaciones paterno-filiales, no pueden compararse con otras situaciones en que sí se les aplicaría el estatuto de responsabilidad civil; por ejemplo, las del ámbito de los bienes y las obligaciones civiles o comerciales.
- En cuanto a las sanciones, considera que existen sanciones específicas que el legislador a impuesto para tutelar a quien merezca protección.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

- **Mal ejercicio de los derechos**

Aplicar la responsabilidad civil sin restricciones al derecho de familia traería como resultado el abuso de derechos resarcitorios que sí se permitirían conocerse en un miembro de la familia.

En Chile, autores como Severía y Hernández, rechazan aplicar las normas de responsabilidad civil ya que sostienen que frente al incumplimiento de deberes conyugales el sistema jurídico ha establecido una lista de consecuencias jurídicas como son la separación judicial y el divorcio por causal; no admitiéndose una posible acción de indemnización ya que esta no ha sido establecida de forma expresa (citados por Vargas, 2015).

En este sentido el profesor Tapia (2015) señala que el derecho no puede imponer el querer o seguir queriéndose a las personas, por cuanto el derecho solo debe contar con instrumentos que permitan cumplir las obligaciones familiares (cita, por ejemplo, los alimentos) los cuales responden a principios y reglas del derecho patrimonial – obligaciones de dicha naturaleza-. Además, el derecho no puede hacer nada si es que un cónyuge no demuestra amor al otro salvo que se constate legalmente la ruptura matrimonial.

Es más, como alegan los profesores Barcía y Rivera (2015), la intromisión de los jueces en la moral de las personas, podría llevar a que estos estén facultados a entrometerse en la vida interna de los individuos, dando lugar a

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

que se ventilen sus aspectos más íntimos y dificultosos de resolver de una persona.

A pesar de lo anteriormente argumentado, existen muchos autores que no excluyen totalmente la reparación de los daños provenientes de las conductas ilícitas que incurran entre los cónyuges. Siendo procedente, cuando exista vulneración a la integridad física o psíquica de los cónyuges, así como los casos de violencia familiar, entre otros.

Algarra (2012) señala que no es posible excluir a priori el aplicar las normas resarcitorias dentro de la familia cuando los daños tienen como origen un hecho ilícito, por lo que procede es determinar cuándo el daño causado por el cónyuge que viola un deber conyugal puede ser calificado como un daño injusto.

Por otro lado, a favor de la incompatibilidad entre el Derecho de Familia, específicamente en la institución del matrimonio, y el Derecho a la Responsabilidad Civil, como lo expresa el doctor Corral (2017) existen argumentos teóricos-conceptuales que suelen alegarse para amparar esta posición, los cuales son:

- El derecho matrimonial tiene sus propias sanciones al incumplirse los deberes conyugales, lo que nos muestra que el legislador no tuvo la intención que el consorte ofendido pueda solicitar resarcimiento de perjuicios en contra del otro, lo cual es congruente con la idea de intervención mínima del Estado propia de las sociedades posmodernas.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

- Los deberes matrimoniales son esencialmente éticos, de modo que su transgresión no genera todas las consecuencias que se darían si se tratara de genuinos deberes jurídicos.
- No puede hablarse de un cumplimiento obligatorio de dichos deberes, de modo que tampoco debe proceder la indemnización si es que se incumplen.
- Si se otorgara indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales se desnaturalizaría su carácter personalísimo y se daría lugar a una especie de monetarización o patrimonialización de dichos deberes. Sería como ponerle precio en dinero a la fidelidad, la ayuda mutua, el respeto y protección recíproca, etc.

En Argentina, autores como Borda niegan la posibilidad de realizar este tipo de demandas, entre otras razones, ya que sostienen que no es posible analizar la culpa que emana del divorcio con similar criterio con el que se enjuicia en todo daño del derecho propiamente patrimonial. Además, porque considera que, si bien la culpa puede ser atribuida a ambos esposos, va a resultar dificultoso esclarecer quién es verdaderamente el cónyuge culpable, ya que es viable que la culpa de uno de ellos tenga por causa hechos del otro esposo (citado por Sambrizzi, 1999).

Aunado a ello, el profesor Ramos (2007), alega que no es seguidor de las demandas entabladas sobre responsabilidad civil entre esposos pues considera que las complicaciones entre esposos que motivaron a divorciarse deben tener fin, asimismo porque dichas demandas pueden conllevar a

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

graves inconvenientes, es decir, en donde se ventilen aspectos íntimos de la relación conyugal que no es dable publicarlo y que más bien pueden ocasionar daños dentro de una familia.

En ese mismo sentido, Herane (2007) sostiene que en principio cualquier daño producido por el divorcio no puede configurar por sí sola una reparación, para ello debe analizarse los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual: una conducta antijurídica, factor de atribución: dolo o culpa, un nexo causal y, el daño.

Así también lo afirma el profesor Severín (2015), en cuanto refiere que es posible admitir un resarcimiento por el detrimento acaecido entre los esposos por situaciones que constituyen el divorcio sanción cuando se hable de ofensas que atenten contra la vida, así como la integridad psíquica o física.

Sin embargo, dichas posturas vienen a disminuir con la tendencia asociada al individualismo liberal, ya que en esta corriente se realza los derechos individuales de los integrantes de una familia, potenciándose así la autonomía privada, esto conlleva a que, dentro de una relación matrimonial, uno de los cónyuges pueda evaluar si es que continúa o disuelve los compromisos asumidos al contraer matrimonio en relación a sus expectativas individuales (Regan, 1999).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Por ello, argumentamos que la simple infracción de los deberes conyugales no legitima la declaración de la responsabilidad sino aquella que requiere necesariamente la producción de un daño que provenga de un hecho particularmente grave o ilícito.

Por otro lado, como lo refiere Torres (2016), al margen de lo establecido por la doctrina española, si bien no existe un reconocimiento expreso, taxativo sobre los supuestos en los cuales se pueden generar daños en las relaciones de familias, estas se suplen mediante una norma contenida en el artículo 1969 del Código Civil, el cual, implícitamente, reconoce el deber de no dañar.

### **b. Tesis Permisiva**

Permiten la aplicación de la figura jurídica de la responsabilidad civil en las relaciones familiares.

En estos últimos tiempos, la doctrina, bajo la fórmula de resarcimiento de los daños causados en el seno de las relaciones familiares ha puesto de manifiesto la necesidad de conferir a las reglas de la responsabilidad civil mucha más relevancia en este ámbito (Casals, 2011).

Actualmente, la familia es una esfera donde uno puede realizarse como individuo y desarrollar su personalidad; por ello al avocar el término de responsabilidad civil en las relaciones familiares guarda relación el señalar que se puede resarcir los daños ocasionados a los derechos innatos de la persona; citando, por ejemplo, la vida, salud, honor, intimidad, etc., todos

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

ellos reconocidos por la Constitución Política, y garantizados a nivel individual y también como integrante de una familia (Vivas, 2012).

Atrás quedaron los argumentos que negaban dicha responsabilidad en el ámbito familiar, en la que como mencionamos anteriormente el modelo patriarcal familiar, estaba recogido por la autoridad del padre. Además, de la inmunidad que han gozado los padres respecto a la patria potestad de sus hijos, así como respecto a su cónyuge. Ahora todos los miembros de la familia son titulares de derechos inviolables, los cuales están reconocidos y garantizados por la Constitución.

De este modo, Miguela (2010) afirma que el bien jurídico protegido es un derecho constitucional cuya defensa es reconocida, *erga omnes*, independientemente de que exista un vínculo familiar entre las personas involucradas. Esto por cuanto al defender los derechos esenciales que corresponda a una persona no puede ser ignorado al alegarse que dicha lesión o agresión proceda de un individuo unido por un vínculo familiar.

Además, la responsabilidad endofamiliar está más allá del ámbito de la familia matrimonial. Un claro ejemplo lo encontramos en ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley N° 30364, que consagra un concepto amplio de familia (sin que exista un vínculo matrimonial) para imponer sus sanciones.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

A nivel de derecho comparado, tanto en España y Argentina, como lo señalan Medina (2015) y Algarra (2012) sobre la discusión de la correspondencia entre el Derecho de Familia y el Derecho de daños, lleva años de desarrollo progresivo, concluyendo en forma casi unánime la admisión de la responsabilidad civil en la infracción de obligaciones conyugales sin que para ello se haya necesitado la modificación de los Códigos Civiles pertinentes.

En nuestro país, los autores<sup>1</sup> que están a favor de que proceda el resarcimiento de los perjuicios en el ámbito familiar, consideran que para que surja la responsabilidad civil derivada de los daños en el Derecho de las Familias, es indispensable que se produzca una acción antijurídica.

Por otro lado, el hecho de que existan sanciones establecidas dentro del derecho de familia respecto a ciertas actitudes no es suficiente a efectos de no configurarse la responsabilidad civil, pues el divorcio o la separación no pueden calificarse solamente como una sanción al incumplirlas, ya que esta es una forma de cómo se resuelvan legalmente las crisis conyugales (Novales, 2008).

La doctora Medina (2015), respecto a esto alega que es en el ámbito de las familias donde la persona puede desenvolverse, pero también dónde más se puede producir un daño al otro, por lo cual se deben resarcir los menoscabos ocasionados por la persona que tenía el deber de socorrer al desarrollo de la

---

<sup>1</sup> . Citamos en nuestro trabajo a los profesores: Leysser León Hilario, Mario Castillo Freyre, Aléx Plácido, Marco Torres Maldonado y Cayro Cari.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

otra y en vez de ello ocasiona un daño de gran magnitud que debe de ser valorada precisamente porque fue provocada en el ámbito familiar.

Sin perjuicio de ello, la autora Cornejo (2012) considera que en el plano de derecho de familia no se puede aceptar sin más la obligación de reparar todo daño, porque habrá que tener en cuenta si la conducta es dolosa o gravemente culposa, si hay nexo causal y fundamentalmente el daño producido.

Agrega la autora que hay quienes sostienen que se estaría quebrantando el principio del *non bis in ídem*, puesto que el Derecho de Familia ya ha determinado sanciones para todas aquellas situaciones que puedan existir en una familia, creemos que esta aseveración, no es la adecuada, puesto que la responsabilidad que emana de ella no es una doble sanción, sino básicamente lo que se pretende es reparar el daño ocasionado, el cual no se remedia con otra sanción impuesta; por ende no es admisible justificar este argumento para no aplicar las reglas sobre responsabilidad.

Es evidente, como mencionamos anteriormente, que los remedios específicos del Derecho de Familias, en varias situaciones, no son suficientes para resarcir los daños producidos dentro del seno de la familia, por ello, es importante analizarlos bajo la figura de la responsabilidad civil.

Para una mejor comprensión de la admisión de esta tesis, es pertinente mencionar el análisis realizado en la legislación chilena por Feres (2014)

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

que explora la existencia de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones de familia:

- **La mutabilidad del Derecho de Familia**

Expone que la familia es una institución mutable, que a través de los años ha sufrido varias reformas, la cual ha sido tomado como referencia de los derechos que emergen de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y ajustándose a la realidad de cambio en las relaciones humanas de convivencia que ha experimentado la sociedad.

- **La supletoriedad del Derecho Civil**

Por cuanto la especialidad del Derecho de Familia dentro del Derecho Civil lo sitúa por sobre la regulación del Derecho Privado Patrimonial, en ese sentido como rama especial del derecho debe recurrir a la regulación general en todo aquello que no se encuentra contemplado por la misma.

- **La violencia intrafamiliar**

Debido a que es perfectamente posible solicitar por parte de la víctima la reparación por daño moral que se haya originado como consecuencia de actos de violencia intrafamiliar; además de ser aplicado no solo a la cónyuge, sino también a su convivencia; por ende, podrían ser aplicables las normas a las que se hace alusión a quienes se encuentren divorciados.

Como lo comentábamos, actualmente el derecho de daños se concentra en la persona de la víctima. Así lo afirma Vásquez (1993), el Derecho de la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

responsabilidad ya no busca un autor a quien hacer un juicio de reproche, sino que su interés es respecto a la víctima de ese perjuicio, a efectos de reparar el mal sufrido.

En esa línea la autora Medina (2006) señala que se abandona la idea de la culpa, la cual ya no es el centro del sistema de responsabilidad, sino ahora se aborda el tema de la reparación de daño padecido a favor de la víctima.

No solo en nuestro ordenamiento jurídico sino a nivel comparado la figura del divorcio trae como efecto además de poner fin al vínculo matrimonial, la pérdida de la herencia, así como el derecho a percibir alimentos, salvo excepción. Esta situación es notoria cuando la situación económica del cónyuge inocente – en el divorcio sanción – se agrava ya que el cónyuge culpable mantiene su patrimonio, así también es notoria cuando se deja en desprotección a nivel pensionario a su cónyuge, más aún cuando hizo abandono del hogar.

Asimismo, en cuanto a las causales de divorcio, enumeradas en el artículo 333 del código civil peruano; por ejemplo, cuando hubo maltrato físico o psicológico, infidelidades, entre otros, sería admisible admitir la responsabilidad civil por cuanto dichas conductas ocasionaron graves daños. En tal sentido, ¿podría el cónyuge inocente demandar por una reparación por los daños sufridos durante su vida matrimonial, al solicitar el divorcio?, la respuesta es afirmativa. Si es posible este tipo de demandas, de conformidad con el artículo 351 del código civil. No obstante, es importante

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

recalcar que, respecto a la causal de separación de hecho, existe una excepción, esto por cuanto, al ser una causal objetiva donde no media la culpa de ninguno de los cónyuges, no podemos alegar dicho resarcimiento; para ello, existe la figura de la obligación legal indemnizatoria por el desequilibrio económico acaecido por la separación, tal y como lo desarrollaremos en los siguientes capítulos.

Por lo expuesto, resulta innegable que el divorcio pueda conllevar daños materiales y morales graves para el cónyuge inocente, por ello, citaremos posiciones a favor de que concurren los elementos básicos que configuran la responsabilidad civil:

- No se infringe el principio de prohibición de doble incriminación (*non bis in idem*) cuando concurre una sanción civil propia del Derecho de Familia y la indemnización por los daños causados al violarse deberes conyugales (instrumento para obtener la reparación del daño causado de forma ilícita).
- El deber de fidelidad no es solo ético, sino también jurídico.
- Que el deber de fidelidad no pueda exigirse mediante una acción de cumplimiento forzado no implica que su infracción no pueda ser indemnizada, pues existen otras obligaciones de contenido patrimonial que no pueden ser exigidos coactivamente; ejemplo, obligaciones de hacer (carácter personalísimo) o no hacer.
- La supuesta monetarización o patrimonialización de deberes personalísimos debe entenderse superada hace casi un siglo cuando se admitió la posibilidad de pedir indemnización por el daño moral por la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

lesión de derechos de la personalidad o por la pérdida de un ser querido. En estos casos, la indemnización no pretende reparar completamente el daño sufrido, pero sí atenuarlo o compensarlo (Corral, 2017).

### 1.2.1. Principio *alterum nom laedere*

La responsabilidad civil para Espinoza (2011) es aquella parte del Derecho que se ocupa de resarcir o compensar a todo aquel a quien se le haya ocasionado un daño, lo cual se puede dar por la obligación de no dañar a nadie o por no cumplir con sus obligaciones.

Por otro lado, Morales (2006) sostiene que es una forma de tutelar jurídicamente la producción de un hecho jurídico.

En tal sentido, el que ocasionó el daño está en el deber de repararlo, en base a que debe supeditarse y sujetarse al sistema jurídico como todos los sujetos. Entendiendo el término sujeción, a la idea de sanción que en efecto se identifica como una responsabilidad (Ojeda, 2009).

En ese orden de ideas, no solo se tiene que acreditar la existencia de una lesión o derecho para determinar la responsabilidad civil, es imprescindible que exista un vínculo de causalidad entre el hecho causante y el daño causado por ese hecho (Osterling, 2003).

Corral (2003) expresa que solo se puede manifestar la responsabilidad cuando una persona es capaz de fijar sus propias conductas - voluntad

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

libre – la cual se encuentra vinculada con la libertad y la naturaleza espiritual de una persona.

En ese sentido, cuando el daño es efecto, no de incumplir una obligación voluntaria, sino del deber jurídico de no causar daño a otro, recibe la denominación de responsabilidad civil extracontractual. Dicho principio (*alterum no laedere*) está recogido en el artículo 1969 del código civil.

Debe entenderse que este principio exige no dañar a otros de forma injusta. Por tal sentido, no es absoluto, pues no cualquier perjuicio, molestia o pérdida que causemos está reprobada por ley, siendo inimaginable vivir en un sistema que prohíbe cualquier perjuicio, así como uno que no prohíbe ninguno (Corral, 2017).

Conforme lo señala el profesor León (2007) el artículo 1969 de nuestro Código Civil contiene una cláusula normativa general: “Aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, quiere decir que es un enunciado cuyo contenido tiene que ser determinado por los intérpretes, al no contener una enumeración precisa de los supuestos de daño en los cuales surge la responsabilidad extracontractual, postergando dicha determinación al momento de la apreciación hermenéutica.



**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Continúa en mencionar que la norma que contiene el artículo antes citado, es una norma implícita que consagra un principio general del Derecho y que fundamenta la responsabilidad civil, esto es, se derivada de una regla general cuyo contenido este dado por el deber de no dañar a otro.

En el siguiente cuadro, hacemos un resumen de las principales diferencias entre la tesis denegatoria y permisiva a efectos prácticos:

<b>TESIS DENEGATORIA</b>	<b>TESIS PERMISIVA</b>
<b>Los deberes que se derivan de la filiación y del matrimonio no tienen un contenido susceptible de valoración pecuniaria</b>	Dentro de la familia es donde se va a desarrollar la personalidad de cada persona. Por lo tanto, si existe una lesión a un derecho fundamental e irrenunciable se tiene que resarcir sin que se pueda ver restringido este deber por formar parte de una familia.
<b>Existe una duplicidad de sanciones:</b> <b>- Las que se derivan propiamente del Derecho de familia.</b> <b>- Las que se derivan de la</b>	La posibilidad de utilizar la indemnización por daños con una finalidad disuasoria, es decir utilizar dicha indemnización como un medio para que las conductas ilícitas en el ámbito

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

<b>responsabilidad civil</b> <b>(indemnización de los daños).</b>	familiar no queden impunes.
<b>Podríamos decir que la especialidad del derecho de familia impide la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil</b>	La necesidad de acudir a la responsabilidad civil para resarcir un daño ya que los mecanismos típicos familiares no son capaces de cubrir ya que no tienen naturaleza resarcitoria.

**1.3. ELEMENTOS DE LA CAUSA DE SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DIVORCIO**

La figura de la separación de hecho, se incorporó a nuestro sistema jurídico mediante Ley N° 27495, entrando en vigencia desde julio del 2001, como causal para declarar el divorcio y/o separación de cuerpos, la cual puede ser solicitada unilateralmente o de forma conjunta, a efectos de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

**1.3.1. CONCEPTO**

La separación de hecho es definida como, la situación en la que se encuentran los cónyuges, quienes, sin haber una previa decisión judicial cortan entre ambos el deber de cohabitación de manera continua, sin que una necesidad lo determine jurídicamente, la cual puede configurarse, por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos cónyuges (Plácido, 2003).

Asimismo, Mendoza (2002) la conceptualiza como aquella situación o pasaje de la vida matrimonial, en la que se suspende la vida en común o cohabitación (se traban los deberes de mesa, lecho y habitación) de los cónyuges, no

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

habiendo de por medio una decisión judicial firme; dicha suspensión de la vida matrimonial puede ser determinada por decisión unilateral o conjunta de los cónyuges en donde queda aún vigente el vínculo matrimonial.

Para el doctor Varsi (2004) la separación de hecho, se refiere a la negación por uno o ambos cónyuges del estado de vida matrimonial en el domicilio conyugal. Es el acto de rebeldía o negación que se hace al cumplimiento de un deber matrimonial, que en su celebración se aceptó.

En la misma línea, Kemelmajer la conceptualiza como aquel estado jurídico en la que se encuentran los cónyuges dentro del matrimonio, en el cual uno o ambos deciden no continuar con el deber de cohabitación de manera continua, sin que una necesidad jurídica lo establezca o la imponga (citado por Acedo y Pérez, 2009).

Además, el Tercer Pleno define en el tercer párrafo de su fundamento 33, el concepto de separación de hecho como: “la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos”.

Posterior al Pleno, el profesor Cardenas (2013) sostiene que esta causal estriba en efecto, en la separación de hecho entre los cónyuges, quienes dentro de la vida matrimonial y el domicilio conyugal dejan de compartir las condiciones, actos y deberes que se desencadenan dentro del mismo.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Agrega que esta causal encierra la condición de dejar de hacer una vida conjunta en el domicilio conyugal, siendo dicha figura incorporada en nuestras leyes mediante la Ley N° 27495 con la previsión de que tal figura jurídica, lo que busca es brindar una solución a la situación disfuncional que se suscitan en infinidad de matrimonios en los cuales se advierte que solo mantienen la forma mas no la esencia de una correcta e idónea relación conyugal.

Así, la separación de hecho es la situación de facto en que se hayan los cónyuges al quebrantar de forma permanente el deber de cohabitación, sin que exista una causa justificada que imponga a los esposos dicha separación, no existiendo de forma previa tampoco una decisión judicial.

Finalmente, definimos a esta causal como la no prolongación de la vida conyugal establecida por el matrimonio sin que de por medio exista una decisión judicial que la declare.

### **1.3.2. ELEMENTOS**

Respecto a los elementos de la separación de hecho, nuestra doctrina nacional postula tres elementos los cuales son:

#### **a. Elemento objetivo o material**

Este elemento se configura con el cese definitivo de la vida matrimonial. Esto es, el apartamiento de los cónyuges por voluntad, sea de uno o de acuerdo de ambos.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Este elemento consiste según refiere Plácido (2001), en la certeza del quebrantamiento de manera constante y definitiva, sin ninguna solución de continuidad; lo que regularmente pasa con el apartamiento corporal de uno de los cónyuges de la casa matrimonial, aunque con la exactitud de que no hay obstáculo para que se manifieste -la separación de hecho- cohabitando ambos cónyuges en la misma casa, infringiendo el deber cohabitación.

Sin embargo, años después el doctor Plácido (2003) cambia su posición afirmando que, no hay imposibilidad para que el alejamiento se configure cohabitando ambos cónyuges en la misma casa matrimonial, pero en diferentes habitaciones. Siendo que en tal supuesto no se ha infringido el deber de cohabitación de los cónyuges, sino otros deberes conyugales, como el de respeto recíproco, asistencia y otros, que, en conjunto, probarían otras causales de divorcio, pero no, la que se está tratando.

Para Varsi (2004), el elemento objetivo es la misma separación de hecho, siendo esta la ausencia de ya no convivir y ni tampoco compartir la vida la matrimonial que tienen en común los cónyuges. Esto implica la ausencia del hogar matrimonial sin ninguna autorización judicial, manifestándose únicamente, con el deseo y voluntad del cónyuge de retirarse.

Arias-Schreiber (2002) manifiesta que, el elemento (objetivo o material) consiste en la evidente ruptura o quebrantamiento sea definitiva o constante de la convivencia matrimonial, al respecto no es considerado como tal, aquellas circunstancias en la cual los cónyuges viven separados de manera temporal o por situaciones ajenas a su voluntad.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

De las definiciones citadas anteriormente, nos debe quedar claro que el elemento material u objetivo inmerso en la causal de separación de hecho, se manifiesta por la ausencia de la cohabitación entre los cónyuges, esto es, el alejamiento físico por la dejación de uno o de ambos. Siendo este elemento el punto de partida de la crisis matrimonial.

Por otro lado, nos queda la duda y nos preguntamos, que sucedería si por causa o razón alguna estos cónyuges no adquirieron un domicilio matrimonial; para ello, tendremos en cuenta lo que nos señala Cabello (2001) indicando que el elemento material – de la causal objetiva – se encuentra en un supuesto que anteriormente se encontraba exento de una causa atribuible por la culpa; la posible situación de los cónyuges, que por diversas motivaciones no han constituido casa conyugal, debido a que siempre han vivido alejados o separados por razones, sea esta: viaje, económicas, estudios, u otros. Y que, de acuerdo al ordenamiento jurídico anterior, sus pretensiones solicitando divorcio por la causal separación de hecho, eran rechazados declarándolas improcedente, no obstante, ahora, se tiene en cuenta de los cónyuges, la sola separación de hecho, con prescindencia de acreditar o probar la existencia de la casa conyugal, para acreditar este elemento.

En términos claros y sencillos, para la citada magistrada, para la separación de hecho no es necesario acreditar la existencia de la casa conyugal; siendo esto, lo que lo diferencia con la causal de abandono

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

injustificado ya que para esta causal si es exigible acreditar la constitución de la casa conyugal, puesto que la propia norma jurídica hace referencia a la casa conyugal, debiendo ser entendida literalmente.

Conforme a lo señalado precedentemente, en posición contraria, contesta el maestro Plácido (2003) indicando que, para configurarse el cumplimiento del deber de cohabitación se necesita determinar la fijación del domicilio matrimonial, debido a que, la cohabitación implica convivir bajo la misma casa, considerando que tal supuesto podría sustentar en absoluto la causal de imposibilidad de hacer vida común.

Como se advierte, en la mayoría de relaciones matrimoniales, la separación está dada por la abstracción o abandono de uno o de ambos cónyuges, del domicilio matrimonial; no obstante, como ya se había desarrollado este elemento configurado en el alejamiento corporal, no es del todo determinante o exigible por el juez para considerar el divorcio, puesto que puede darse la situación que ambos cónyuges no vivan juntos, pero los deberes matrimoniales existen y son recíprocos, en ese sentido, lo que se debe evaluar es no solo el alejamiento corporal, sino también el alejamiento afectivo, esto la falta de seguir haciendo vida matrimonial por uno o ambos cónyuges.

Bajo ese precepto, la doctrina francesa representada por Rubellin-Devichi citado por Calisaya (2016) manifiesta que, siendo el caso mediante el cual los cónyuges decidan no compartir actualmente la vida matrimonial, no

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

significa que la comunidad matrimonial no existe; puesto que en la jurisprudencia de su país, se exige probar el cese de la vida afectiva, mediante medios de prueba pertinentes, idóneos y necesarios, es así que los medios de prueba para desacreditar tal cesación de la vida matrimonial, pueden ser plasmados a manera de ejemplo en un contrato de arrendamiento u otro firmados por ambos esposos o incluso fotografías que demuestran el aparente amor conyugal. Asimismo, refiere que la ausencia de relaciones sexuales entre ambos cónyuges y de la cohabitación acreditará la ruptura matrimonial afectiva.

Asimismo, una controversia jurídica muy discutida en la doctrina y la jurisprudencia, se suscita en relación a que, para la configuración de la causal de separación de hecho es necesario que ambos cónyuges cohabiten en el mismo domicilio conyugal, pero en cuartos separados. En tal sentido el Pleno en su fundamento 36 señala que:

puede ocurrir que por diversas razones –básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales.

Para concluir, debe quedar claro que este elemento se manifiesta fácticamente por el alejamiento corporal de los cónyuges a través del abandono de la casa matrimonial; no obstante, para la configuración de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

este elemento se admite excepciones; debiendo en algunos casos omitirse su valoración, debido a que, lo que resulta importante en esta causal de divorcio remedio es la voluntad de no hacer vida en común, situación o condición que se manifiesta en el elemento subjetivo de la causal.

### **b. Elemento subjetivo o psicológico**

Esto es, el ánimo de interrumpir el regular desarrollo de la convivencia matrimonial mediante la separación.

Este elemento está constituido por:

La ausencia de ánimo de unirse, dicho de otro modo, la intención inequívoca de uno o ambos cónyuges de no seguir cohabitando en el domicilio conyugal, estableciéndose un fin a la vida en común aun cuando se esté cumpliendo algún deber; ello implica que la separación (de hecho) debe suscitarse o producirse sin tener ninguna vinculación con las limitaciones que impone la ley siendo estas en los casos de necesidad o fuerza mayor (Plácido 2001).

Para Arias-Schreiber (2002) este elemento se define en la falta de ánimo de seguir unidos, el ánimo intencional de uno o ambos cónyuges de no continuar viviendo, finalizando la vida en común; no obstante, ello no es impedimento de configuración de la causal, cuando, pese a haber finiquitado la convivencia por razones no atribuibles a los cónyuges, a posterior se corrobora la voluntad manifiesta de uno o de ambos cónyuges de sustraerse a dar el debido cumplimiento de sus obligaciones dentro de la familia y seguir sus vidas separadas.

## **“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

El Tercer Pleno Casatorio Civil ha establecido en su fundamento 37 que este elemento se presenta: “cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges- sea de ambos o de uno de ellos- para reanudar la comunidad de vida”.

A nivel histórico este elemento, dio su aparición en la Ley N° 27495, que incorpora la causal de separación de hecho al Código Civil, cuando taxativamente establece que no se manifiesta esta causal cuando la misma se produzca por razones de trabajo; abriendo la posibilidad de que el cónyuge demandado por divorcio (separación de hecho) alegara como justificación que el alejamiento se dio por causa justificada, en este caso por razones de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse si dicha justificación (por razones de trabajo) podría ser la única, o sería posible incorporar otras justificaciones. Contestando Quispe (2002) afirma que no; es posible que aparte de la justificación por razones de trabajo también podrían comprender otras razones que justifiquen la separación.

Ante tal afirmación, de la posición antes citada, concordamos con tal criterio, puesto que, lo más importante, muy aparte del alejamiento corporal de los cónyuges, es la ausencia de voluntad de hacer vida en común. En ese sentido no habrá divorcio (separación de hecho) cuando, por ejemplo, uno de los cónyuges debe abandonar el hogar matrimonial por razones sea laborales, de salud y otras, y en la cual no le sea manifiesto

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

la intención de no continuar la vida matrimonial, por lo que no se podría evidenciar la existencia de crisis matrimonial que remediar.

Para Cabello (s.f), con referencia a lo antes señalado afirma que, aunque resulte debatible que se imponga en una causal de carácter objetivo la existencia del elemento intencional; nuestra normativa al prescribir, en su tercera disposición complementaria de la Ley N° 27495, un supuesto o situación ¿abarcable a otras situaciones? de improcedencia, nos permite discutir sobre el porqué de las razones del alejamiento entre los cónyuges, no debiéndose ameritar la causal cuando dicho alejamiento corporal se produce por razones laborales u otras justificables, Requiriendo en consecuencia probar la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia matrimonial a través de la separación.

Finalmente, como refiere Calisaya (2016), en el divorcio remedio (separación de hecho), es indispensable la existencia de una crisis matrimonial. En dicha causal, dicha crisis matrimonial está determinada, en su esencia, por el ánimo de uno o de ambos cónyuges no seguir con la vida matrimonial. Este alejamiento corporal entre cónyuges no es sino, mayormente, la exteriorización de dicha voluntad.

### **c. Elemento temporal**

Este elemento está delimitado por el plazo de separación entre ambos cónyuges, posterior a la ruptura de la convivencia conyugal, debiendo pasar dos años en la situación que no existan hijos menores de edad y cuatro si es que los hay (Cabello, 2001).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Este elemento es el menos debatido, ni discutido puesto que es taxativo, al respecto Varsi (2004) nos refiere que este elemento abarca o se delimita en dos aspectos: en un primer lugar referido al periodo, que, en este caso, está condicionado a la existencia de los hijos menores de edad, así como a su no existencia (02 o 04 años respectivamente) y, en segundo lugar, referido al carácter permanente de la separación.

El Tercer Pleno Casatorio, en su fundamento 38, indica que “este elemento está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges”.

Cabe preguntarnos, si la separación o el alejamiento físico de unos o ambos cónyuges del domicilio conyugal, así como de la dejadez de los deberes conyugales de manera permanente, se vería afectado por suscitarse situaciones de reconciliación esporádicas, como por ejemplo a través de relaciones sexuales; al respecto lo que debemos tener en claro es que la intención de hacer vida en común es un elemento central de la separación de hecho, en consecuencia pese a darse esa situación si no hay ánimos de retomar la vida matrimonial no se estaría afectando el carácter ininterrumpido de la causal.

En relación al tiempo que ha de transcurrir, para la configuración de la causal, debemos tener en claro que estos no se establecen sin ningún fundamento o justificación jurídica, dado que dicho plazo (04 años) en caso de existencia de los hijos se justifica en la protección del interés superior del niño y del adolescente. Así también, para fijar el plazo de (02

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

años) se tomó como justificación el plazo del abandono injustificado de la casa conyugal. Plazos que consideramos acordes y justos.

Finalmente después de la expedición de Tercer pleno, en el afán de desvirtuar de alguna manera la aparición de factores de atribución subjetivos (dolo o culpa) en el divorcio remedio (separación de hecho), ya que anteriormente reiterada jurisprudencia ha venido distorsionando su esencia determinando en sus fallos la aparición de las figuras del daño y el proyecto de vida; dicho precedente ha promovido serias confusiones en la comunidad jurídica, como ejemplo en el fundamento 39 niega la presencia de dolo o culpa imputable a cualquiera de los cónyuges en la separación de hecho; sin embargo en el fundamento 34 indica que si bien es cierto la separación de hecho se configura con una causal objetiva, como es el hecho de la ruptura de la vida conyugal de manera permanente, no obstante como el artículo 345-A del Código Civil menciona sobre la indemnización daños, bajo esa premisa el juez debe analizar los hechos que originaron esa separación de hecho, debiéndose analizar el dolo o la culpa con el fin de ser procedente la indemnización y el resarcimiento respectivo.

## **CAPITULO II: EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL**

## 2.1. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Para iniciar el presente capítulo, es necesario conocer el concepto de desequilibrio económico, a propósito de lo expuesto por el Tercer Pleno; y determinar cuál es su alcance, partiendo de que este concepto tiene una connotación de tipo económico, es decir únicamente una desigualdad económica de uno de los cónyuges con relación al otro.

Como podemos advertir nuestro código civil en el artículo 345-A hace referencia que el juez debe velar por **la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado** tras la separación de hecho, debiendo para ello fijar una indemnización por Daños, incluyendo al daño personal. Estos nos conllevan a inferir que, tras el divorcio, el cónyuge puede ostentar un desequilibrio económico. (subrayado y negrita nuestra)

Al respecto el Tercer Pleno, sobre el desequilibrio económico, en sus fundamentos 64 y 65 expone:

64.- En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio.

En tal sentido, también se pronuncian Luis Díez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: “La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas”.

65.- El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges, sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio.

Debemos precisar que, el desequilibrio económico es un concepto complejo, al respecto presentaremos algunos conceptos:

Para Campuzano (1994), la palabra o el término desequilibrio conceptualmente se presenta como una negativa variación patrimonial percibida por uno de los cónyuges con relación al otro; variaciones que influyen en sus condiciones de vida materiales tras el resultado del divorcio.

Siguiendo al mismo; Campuzano citado por Vidal (s/f) sobre la relación entre la compensación económica y el desequilibrio económico afirma que, el derecho de la compensación económica (en España) es el resultado directo de la separación y divorcio, debiendo distinguirse entre los presupuestos básicos y necesarios que puedan hacer surgir la posibilidad de petitionar la indemnización, de naturaleza pensionaria, quedando estos encuadrados en la sentencia de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

divorcio con los presupuestos base para el otorgamiento, incluyéndose en ella necesaria y fundamentalmente la figura del desequilibrio económico.

Asimismo, para Lasarte y Valdepuesta citado por Marcello (2015):

El desequilibrio económico es el supuesto primordial que determina y constituye el derecho de acceso a la pensión (entendida como compensación económica) con un punto de referencia: la posición de un cónyuge con respecto al otro, y una consecuencia: un empeoramiento de uno de los cónyuges, en su situación económica, en comparación con la situación que ostenta durante la vida matrimonial.

En el plano jurisprudencial, el desequilibrio económico se ve conceptualizado en las siguientes sentencias:

Por un lado, el quinto considerando de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España N° 2954/2015, de fecha 23 de junio de 2015, acerca del desequilibrio como empeoramiento económico:

(... ) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Aplicada la doctrina al caso de autos, es forzoso reconocer que no se ha producido desequilibrio alguno (...).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

En esa misma línea, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España N° 917/2008, de fecha 03 de octubre de 2008, recoge que el presupuesto básico para la compensación económica (indemnización) es:

(...) el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio, en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Constituye su presupuesto esencial «la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios.

Ya habiendo quedado claro que, el desequilibrio, netamente es de connotación económica y que es un presupuesto básico para la indemnización, debemos precisar cuáles son sus alcances.

Con relación a lo antes mencionado, el Tercer considerando de la Sentencia de la Sala Primera en lo Civil del Tribunal Supremo Español, recurso N°1940/2008, en la Resolución N°434/2011, de fecha 22 de junio del 2011, entendió que el alcance del desequilibrio es de:

Colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Resulta razonable

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura.

Evidenciándose, de la sentencia antes referida, que el desequilibrio comprende la diferencia de patrimonios luego de la ruptura de la vida matrimonial, asimismo que el desequilibrio también alcanza un posible desarrollo económico y personal de cada uno de los cónyuges tras el divorcio.

Continuando con el desarrollo, la práctica en el derecho español, ha dado lugar a la distinción doctrinal de **dos tipos o clases de desequilibrio económico**, cuya distinción guarda una estrecha relación con las circunstancias personales de los cónyuges, siendo estos trascendentes en el establecimiento de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria.

En primer lugar, la doctrina ha considerado el desequilibrio perpetuo. Allueva (2015) al respecto señala que el desequilibrio es perpetuo por cuanto en y en tanto las repercusiones que la vida matrimonial produce en una situación particular, conlleva en uno de los cónyuges la desaparición de cualquier expectativa sobresalir de cualquier forma por sí mismo y de obtener sus propios ingresos económicos. Estas situaciones suelen caracterizarse porque, en un sentido amplio, decae la ilusión de que el beneficiario de la indemnización pueda superar, en el decurso de los años, la situación económica en la que se quedó después de la ruptura de la convivencia matrimonial. Refiriendo además que los supuestos, englobados bajo esta clase de desequilibrio son: la salud, la mayoría

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

de edad (tercera edad), la dedicación especial a la familia y hogar más aun cuando se tiene bajo cuidado hijos discapacitados, o el adolecer o sufrir de una enfermedad terminal o de mucha gravedad.

Asimismo, Medina (2012) considera al desequilibrio perpetuo, cuando las afectaciones que la convivencia matrimonial produjo en la particular posición de quien lo percibe, arruina cualquier esperanza de sobresalir por sí mismo y obtener sus propios recursos económicos.

Si bien es cierto, la existencia o determinación de esta clase de desequilibrio nos dirige a que se otorgue al cónyuge perjudicado una indemnización de naturaleza permanente; no obstante, cabe la posibilidad de que pueda ser otorgada mediante un único pago.

En segundo lugar, otra clase de desequilibrio es el desequilibrio coyuntural; respecto a ello, Allueva (2015) nos refiere que esta clase de desequilibrio se caracteriza, fundamentalmente, por ser temporal, pudiendo tal desequilibrio ser superado con el transcurso del tiempo, de modo que a través del tiempo transcurrido, aun le es posible enrumbar su vida, su independencia económica y autonomía, uno de sus distinciones es su circunstancialidad; para ello el Juez atenderá a las condiciones particulares que repercuten en el demandante (cónyuge perjudicado), a efectos de colocarlo en una situación de igualdad de oportunidades sea laboral o económica, ello, en relación a la condición que habría tenido dicho cónyuge de no haber mediado la relación matrimonial.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

De igual forma Medina (2012) refiere que este tipo de desequilibrio, se supera con el transcurso del tiempo con una regular implicación en quien lo padece.

A manera de ejemplo, en un caso en concreto, este desequilibrio se configuraría en la posibilidad de conseguir un trabajo que le permita desarrollarse y perfeccionarse en el rubro laboral, con la finalidad de superar tal desequilibrio sea parcial o total y así poder reinsertarse de nuevo en la vida económica, permitiéndole solventar sus necesidades.

Lepin (2008) sostiene, respecto al alcance del desequilibrio que en ella pueden seguirse dos líneas, las cuales se delimitan en una teoría objetiva y la otra subjetiva. La primera se fundamenta en que el desequilibrio debe ser entendido básicamente como aquel que surge de la diferencia en la confrontación de patrimonios entre uno de los cónyuges respecto del otro. De otro lado, la teoría subjetiva se fundamenta en que, para diagnosticar el desequilibrio, no debe valorarse únicamente la diferencia de patrimonios sino también debe valorarse el cuidado del hogar y de los hijos, edad y salud del cónyuge más perjudicado, la dedicación a la familia, entre otros.

Para ponderar el desequilibrio económico, Allueva (2015) haciendo un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia española, refiere que se ha venido aplicando dos tipos de análisis e interpretación del término desequilibrio: por un lado una objetiva, siendo esta superada por la doctrina, y por el otro una subjetiva; con relación a la primera esta se caracteriza únicamente teniendo en cuenta la simple disminución patrimonial recaída en uno los cónyuges, tras la separación de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

hecho, con relación a la posición del otro cónyuge; dicho de otra forma, se atiende a un hecho objetivo, en la cual uno de los cónyuges ha experimentado una reducción de su patrimonio respecto del otro, quien aún conserva su patrimonio, y con la disfrutada (patrimonio) por ambos cónyuges mientras la convivencia matrimonial se mantuvo; siendo débil esta teoría dado que no cualquier perjuicio o desequilibrio económico da lugar a su reconocimiento, sino únicamente a aquel desequilibrio económico manifestado como fruto del sacrificio que soporto uno de los cónyuges durante la relación matrimonial. Agrega además que, a entendimiento de la doctrina, las circunstancias de convivencia son importantes para conceder, denegar o limitar la compensación, en ese sentido la jurisprudencia empezó por realizar una valorización subjetiva (desequilibrio económico), la cual además de considerar la disminución patrimonial, se debe considerar factores personales y subjetivos y conformadores de la vida familiar por ejemplo: el estado de salud, la edad, dedicación pasada o futura de la familia, entre otros, bajo el pensamiento que, la simple diferencia patrimonial (desequilibrio) no es en sí misma el único criterio para generar el derecho a la prestación compensatoria (indemnización) sino se da con la intervención de otros factores, siendo de consideración la tesis subjetiva del desequilibrio económico, ya que no son únicamente simples parámetros para fijar el quantum de la indemnización, sino también deben ser considerados como guía para establecer si hay o no desequilibrio económico.

Al respecto consideramos que la teoría objetiva, debe aplicarse en nuestra legislación u ordenamiento; debido a que el desequilibrio que busca necesariamente ser compensado, total o parcialmente, mediante la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

indemnización, alcanza a aquel desequilibrio de tipo patrimonial o económico que se produce tras la ruptura del vínculo matrimonial, corroborándose tal desequilibrio a través de la comparación de patrimonio de ambos cónyuges.

Asimismo con relación a la teoría subjetiva, los criterios relacionados a esta como por ejemplo edad y salud, colaboración, acceso al mercado laboral, pérdida de derecho previsional; necesariamente deben ser considerados al momento de establecer la cuantía indemnizatoria, como resultado de ese desequilibrio, que en principio son independientes de la determinación del mismo; así también cabe hacer mención que estos aspectos subjetivos no están tajantemente relacionados o vinculados a condición de un factor de atribución como es el dolo o la culpa en uno de los cónyuges, ya que son situaciones o condiciones netamente personales, que subyacen de dentro de la vida matrimonial así como tras el divorcio; debiendo ser advertidas por el juez de manera objetiva puesto que deben ser probadas necesariamente.

Finalizamos, precisando que, la inestabilidad económica del cónyuge perjudicado, que prescribe el artículo 345-A de Código Civil – entendida como desequilibrio económico – subsanable mediante la indemnización, es de carácter económico, derivada de la diferencia de patrimonios y de las oportunidades de los cónyuges tras el divorcio, en la cual no se tienen en cuenta la intromisión de figuras de otro tipo como el daño moral o psicológico que puedan resultar de las relaciones de los cónyuges; dicho de otra forma en cuanto al alcance de la figura del desequilibrio económico, no encuadran en las misma, reclamaciones por daños de tipo moral o psicológico.

### 2.1.1. ACERCA DEL DAÑO

Osterling y Castillo (2003) refieren que el daño desde una perspectiva jurídica, es la lesión que recae en el bien jurídico de una persona, ya sea cometida por dolo o culpa “de otro”, generando de esa forma una sensación nada agradable por la disminución de ese bien, vale decir, de lo útil que le era tal bien, y cualquier otra equivalencia de utilidad que derivase.

Con respecto a los daños y perjuicios que surgen en el divorcio sanción, Medina y Roveda (2016), afirman que, estos posiblemente pueden surgir a consecuencias de conductas inadecuadas entre los cónyuges, sin embargo, no son sanciones al no cumplimiento de los deberes y derechos matrimoniales, sino que son resarcimientos por el daño que se causó, los cuales se darán si concurren con los otros elementos que comprende la responsabilidad civil.

Asimismo, para Cornejo (2012), el resarcimiento por daños y perjuicios, no se aplica en la causal de separación de hecho (divorcio remedio) dado que en dicho supuesto de divorcio no existe *per se* un daño. El menoscabo económico (desequilibrio económico) de la compensación económica (indemnización) no se delimita como un daño, sino se define como un desequilibrio o disparidad entre uno de los cónyuges respecto del otro, implicando en uno de ellos el empeoramiento de su posición para el futuro.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Además, respecto a la interpretación realizada por Morales (2011) del artículo 345-A del Código Civil refiere, que el “daño personal” del segundo párrafo no se refiere al daño a la persona que refiere el artículo 1985 del mismo Código, ni tampoco se refiere al daño moral, sino que por el contrario el daño hace referencia o significa el desequilibrio económico en sí, el cual afecta al cónyuge perjudicado tras la separación de hecho y el divorcio.

En consecuencia, a criterio de Alfaro (2012), no resulta adecuado afirmar que el cónyuge más débil ha sufrido un daño. No debiéndose afirmar que el causante de ese menoscabo sea uno de los cónyuges. La ley obliga a indemnizar por cuanto el divorcio provoca un desequilibrio que tiene su causa u origen última en cómo se desarrolló la convivencia matrimonial, no importando por qué el cónyuge acreedor decidió por dedicarse al cuidado de la familia y el hogar, abandonando su pleno desarrollo profesional o laboral.

### **a. El daño al proyecto de vida matrimonial**

Respecto a esta figura, precisaremos algunas definiciones:

Fernández (s/f) señala que el proyecto de vida manifiesta lo que la persona humana ha determinado ser y hacer en su vida, o lo que hace para ser. Para ello la persona humana reúne todas sus fuerzas para posibilitar su realización, para realizarse en su vida; si éste se realiza total o parcialmente la persona se considerará plena y, por ende, se sentirá valioso. Asimismo, para el maestro, el daño al proyecto de vida

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

es la lesión que desorganiza aquella dirección existencial del ser humano comprometiendo su propio ser, además de cortar de raíz el sentido valioso por la vida.

De igual forma, Varsi (2007) señala que proyecto de vida es un perfeccionamiento en el desarrollo de las potencialidades de la persona, en ese tránsito que pasa de ser un simple individuo a persona. Por ejemplo, el desarrollo o perfeccionamiento de algún deporte es una parte del proyecto de vida.

Asimismo, León (2007) refiere que el proyecto de vida no se puede visualizar y es cambiante, no tiene valor y ayuda a que sea posible la monetización de las expectativas como sueños y añoranzas. Por lo que, debe ubicarse en el ámbito de lo irresarcible.

El daño al proyecto de vida matrimonial, se encuentra regulado en el fundamento décimo segundo de la Casación N° 4921-2008-Lima, definido como:

(...) aquel que afecta la manera como los cónyuges decidieron vivir, esto es, realizarse juntos a través del matrimonio, y por ende idearon escogieron y desarrollaron un conjunto de medidas, planes, proyectos para dicho fin. Los que muchas veces comportan la asunción de posiciones que desde el aspecto económico se manifiesta en que, uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor y se le facilita toda oportunidad para que dicha provisión sea mejor y mayor. En consecuencia, el otro cónyuge asume la de cuidado, crianza,

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

protección y vigilancia de la casa y de los hijos que la conformen, todo en aras de dicho plan común que al verse truncado por el actuar del referido cónyuge proveedor, el otro cónyuge deviene lógicamente en cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

Sobre el proyecto de vida matrimonial Caballero (2010) señala que se trata de la realización de un proyecto entre dos personas (cónyuges) mediante el matrimonio, a través del cual, para lograr su cometido, uno de los cónyuges asume el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos traspasando al otro buscar el sostenimiento de la familia.

Anterior a la emisión del pleno, la Casación N. ° 1782-2005-Lima, de 24 de julio de 2008, considera incorrectamente que la figura del daño al proyecto de vida matrimonial está comprendida dentro de la obligación legal indemnizatoria, al señalar que “(...) la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida común con el cónyuge disidente”.

Por otro lado, el jurista León (2007), no niega la existencia del daño al proyecto de vida, pero es jurídicamente irrelevante puesto que no puede ser resarcido mucho menos cuantificado; contrariamente solo contribuye a inflar de manera riesgosa los resarcimientos. Asimismo, lo califica como un término proveniente de otro lugar, que engrosa de forma ilegal la lista de los conceptos que conforman el resarcimiento, con la finalidad de su incremento.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

El Tercer Peno se encarga de descartar el daño al proyecto de vida matrimonial, dado que en su fundamento 70 precisó lo siguiente:

En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial– a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

Como sostiene Carreón (2012) si el cónyuge (inocente) ha irrumpido su proyecto matrimonial, cual no ha sido posible mantenerlo por la conducta de uno o de ambos cónyuges; no se podría bajo esta última hipótesis, cargarle al otro al cónyuge el pago de la indemnización por

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

daños, por impedir el desarrollo de ese proyecto, por cuanto lo esencial del matrimonio es la libre unión de dos personas; por tanto, tal proyecto es pasible de truncarse de manera legítima, sin desmerecer que se pueda indemnizar por otro tipo de daños que resulten. De igual forma, si el cónyuge inocente ha estado separado de su pareja por varios años y por decisión voluntaria, no ha optado por iniciar otra relación con otra persona, ¿cómo es posible haber dañado de tal persona, su proyecto de vida? El daño al proyecto de vida es ocasionado o repercute en la libertad de la persona, quien se ha propuesto diseñar un porvenir en merito a su libertad el cual lo pone en práctica antes que ocurra el daño; caso contrario, en el divorcio por separación de hecho, si el cónyuge no ha empezado o desarrollado una relación con tercera persona, es porque así lo ha decidido de forma libre no iniciarla, por lo que a raíz de ello no implica o se puede presumir que se le haya dañado su proyecto de vida.

### **b. El daño a la persona y daño moral**

Dentro de los daños extra patrimoniales tenemos: el daño a la persona y el daño moral.

Al respecto el maestro Fernández (1990) señala que el daño a la persona se origina cuando se lesiona su integridad psicosomática, ocasionándose daños de repercusiones no patrimoniales que recaen sobre la persona.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Para Cardenas (1994) es mejor hacer referencia al “daño subjetivo”, siendo este, al daño ocasionado a la persona, en reemplazo de los enunciados (daño a la persona) o (daño personal), que resultan cortas para incorporar todas las situaciones que puedan conformarse.

Para otros autores como Taboada (2001), las categorías (daño a la persona) y (daño moral) no son dependientes, por cuanto una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra bastante distinta son los sentimientos de la persona.

En ese sentido Fernández (s/f) sostiene que el daño moral es uno de los variados daños sicosomáticos que podrían lesionar a la persona por lo que debe ser considerado como un daño que repercute en la esfera sentimental de la persona. Resultando así una variante síquica del general daño a la persona.

Por otro lado, León (2004) criticando dichas categorías sostiene la inutilidad del daño a la persona y afirma la funcionalidad del daño moral.

En ese sentido, el concepto de (daño a la persona) no tiene gran respaldo en el ordenamiento jurídico italiano, de donde fue importada al Perú. Asimismo, uno de las temáticas más tediosas, es el reconocimiento del daño moral como daño resarcible, las cuales se encuentran enmarcadas dentro de nuestro sistema de responsabilidad

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

civil; ya que por su propia esencia lo hace no indemnizable económicamente, además que por su existencia posiblemente devendría en incierta por su difícil probanza.

Asimismo, Chang (2014) apuesta por la figura del daño moral, por cuanto cualquier tipo de afectación que atente contra la persona o su patrimonio, por minúscula que sea, ocasiona un sufrimiento a quien lo padece. No obstante, probar de este tipo de daño resulta demasiado complejo.

De igual forma, Osterling y Castillo (2003), sostienen que el daño moral debe ser considerado en lo más amplio posible, abarcando todo daño o perjuicio a la persona en sí — sea física o psíquica—, así como toda afectación contra sus intereses no patrimoniales, en otras palabras, “todo deterioro de un bien extra patrimonial o a un interés moral ocasionado por la persona que se encontraba obligada a respetarlo, se está en virtud de un contrato o de otra fuente.

A nivel jurisprudencial la Casación N°949-95-Arequipa, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República señala con respecto al daño moral que:

(...) es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

actos; en cuanto a sus afectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario o en su defecto a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador.

Asimismo, la Casación N°3387-2013-Apurimac, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, respecto al daño extrapatrimonial señala que:

(...) Que, es la lesión a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial, el cual puede producirse en el sentido de daño a la persona (entendido como lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas) o el daño moral (expresado en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima, los cuales por general son pasajeros y no eternos) en ese sentido la indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que aquel le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o la reparación del mal causado.

Como podemos apreciar existe una acalorada controversia a efectos de determinar si el daño moral abarca el daño a la persona o si este

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

último abarca el primero, no obstante, ambas están condicionada a la existencia de un factor de atribución como el dolo o la culpa.

Sin embargo, en nuestro país, específicamente en el derecho de familia, se otorga protección a la reparación del daño moral. Así, el artículo 351° del código civil señala que “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”.

En comento de la norma antes mencionada, se debe comprender que se causó daño moral al verse afectado el cónyuge inocente en su esfera no patrimonial como es el honor, prestigio, etc., en particular si los hechos que han ocasionado el divorcio involucran de manera grave el interés personal de ese cónyuge inocente (Peralta, 2008).

En ese sentido, la indemnización por daño moral ocasionado al cónyuge no culpable (inocente), en los supuestos normativos que encierra el tipo de divorcio-sanción, solamente se considerara amparable cuando los daños han sido causados por conductas atribuibles, a título de dolo o culpa, en uno de los cónyuges, en otras palabras, el o la cónyuge culpable del divorcio; no ocurriendo la misma situación en el divorcio remedio, en donde se encuentra la causal de separación de hecho.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Coincidimos con Alfaro (2012), cuando refiere que el artículo 345-A del Código Civil no concierne a un supuesto de responsabilidad civil, dado que, no se evidencia el elemento de la antijuridicidad o la imputación de una conducta sea a título de dolo o culpa atribuida a uno de los cónyuges; no estimando considerar la figura del daño. En ese sentido bajo el análisis del derecho comparado, no es válido afirmar bajo algún argumento que el cónyuge más débil (perjudicado) en la separación de hecho haya sido víctima de un daño. Menos, sería correcto afirmar que el autor de ese menoscabo o “daño”, entendido como desequilibrio económico, sea el “cónyuge deudor”.

En efecto, es cierto que, al incorporarse la figura de la separación de hecho como causal de divorcio, lo que se ha propuesto es reconocer el derecho de los cónyuges a disolver el vínculo matrimonio de manera unilateral. Por lo que, como afirma Calisaya (2016):

conceder un resarcimiento por daños, en este supuesto de divorcio, supuesto en la cual se permite alegar causa propia, supondría contravenir el artículo 1971 inciso 1 del Código Civil que establece que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho. Muchos podrían decir que eso generaría un ámbito de impunidad, puesto que la separación muchas veces va ligada al quebrantamiento de otros deberes como el de fidelidad o el de asistencia. Nosotros contestamos a dicha crítica indicando que el cónyuge agraviado por los quebrantamientos de su pareja tiene un buen número de causales culposas dentro de las cuales puede encuadrar la conducta agravante. Si no accionó en su momento, si toleró, si perdonó y, peor aún, si ante

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

una demanda de separación de hecho no reconvino alegando una causal culposa, entonces quien genera la impunidad no es sistema sino la persona misma que con su inercia no abrió el debate al cause culposo del divorcio.

Finalmente, como se ha venido desarrollando, “la indemnización por daños” que pregonan el artículo 345-A del Código Civil, tiene por finalidad velar por la inestabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, entendido como el desequilibrio económico; mas no tiene por finalidad resarcir, prevenir ni castigar. Siendo más claros, el artículo 345-A del Código Civil no tiene por finalidad resarcir la violencia física o psicológica, la infidelidad, el incumplimiento del pago de los alimentos. No debemos perder de vista que la figura de la separación de hecho como causal de divorcio es entendida y considerada como una causal remedio, en consecuencia, se prescinde de cualquier tipo de factor de atribución que pueda recaer en uno de los cónyuges, sea esta a título de dolo o culpa.

Dicha diferenciación ha quedado claramente determinada en el Considerando 47 del III Pleno Casatorio Civil, según el cual señala:

nuestro sistema jurídico ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos de divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado por causas inculpatorias. El

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

segundo, se refiere al divorcio remedio incorporado por Ley N° 27495; es decir, el divorcio por causa no inculpatoria.

### **2.2. REQUISITOS PARA SER CONSIDERADO CÓNYUGE PERJUDICADO**

Debemos tener presente que el cónyuge perjudicado, es aquel, que tras la separación de hecho ha quedado en un evidente desequilibrio económico.

Para Aguilar (2010), el cónyuge perjudicado, no es el cónyuge culpable tal como si se encuentra en el divorcio sanción; pudiendo recaer la condición de cónyuge perjudicado de forma indiferentemente en el actor o el demandado. Califica al cónyuge perjudicado su condición de desventaja al terminar el vínculo matrimonial por el divorcio, dado que concluido el proceso de divorcio se advierte un desequilibrio en unos de los cónyuges con respecto del otro, en consecuencia, se debe corregir tal desequilibrio de la mejor forma posible.

En el derecho chileno, el artículo 61 de la Ley del Matrimonio Civil N° 19.947 establece que:

Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

Del mencionado artículo, podemos extraer cuales son los requisitos para que proceda la compensación económica: i) la dedicación por uno de los cónyuges al

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

cuidado de los hijos o del hogar; ii) que a raíz del primer requisito no le haya sido posible desarrollar actividad laboral, remunerada o lucrativa durante la relación matrimonial, y; iii) la configuración del menoscabo económico por parte del que lo solicita.

En el derecho español, el primer párrafo del 97 del Código Civil Español refiere que:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

En el derecho argentino, el artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación, refiere que: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación (...)”

Como podemos ver de las legislaciones antes citadas, estas se encargan de velar por la inestabilidad económica de uno de los cónyuges tras la separación de hecho y el divorcio en sí.

Finalmente, el Pleno Casatorio, en su fundamento 50 y el precedente vinculante N°04, a efectos de identificar al cónyuge perjudicado, ha precisado las siguientes circunstancias, recayendo esta condición en:

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

- a) Él cónyuge que no dio motivos para la separación de hecho,
- b) Aquel cónyuge que ha sufrido un grado de afectación emocional o psicológica;
- c) Aquel cónyuge que ostenta la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar;
- d) Aquel que realizó demanda alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado;
- e) Aquel que 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 relevantes.

En la práctica judicial, basta que una de estas circunstancias se configure para que el juez declare la existencia del cónyuge perjudicado.

Como podemos advertir, el pleno mezcla circunstancias vinculadas al resarcimiento por daño moral, así como la indemnización por desequilibrio económico. Lo cual es inadecuado, puesto que en el divorcio remedio no se encuadra o aparece la culpa ni el dolo, como lo establece el precedente judicial, incurriendo en un grave error que confunde a la comunidad jurídica.

### **2.3. NATURALEZA JURIDICA DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

En primer lugar, cabe preguntarse en qué consiste determinar la naturaleza jurídica de una institución. En este sentido, para el profesor Corral (2007):

la cuestión no es irrelevante desde el punto de vista práctico. La identificación de la naturaleza jurídica sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta contenidos en la regulación normativa, ayuda a elegir factores

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

de decisión que aparecen aludidos únicamente por la intención del legislador de hacer enumeraciones de elementos no taxativas; y, finalmente, resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio (p. 24).

Según la RAE, la palabra “naturaleza” significa básicamente la “esencia y propiedad característica de cada ser” y, en segundo lugar, la expresión “jurídico” quiere decir lo que “atañe al derecho”.

Por lo tanto, al asociar ambas expresiones: naturaleza-jurídica, tal término refiere básicamente al fundamento y el propósito de toda institución jurídica, es decir, sirve para otorgar contenido a los conceptos de textura abierta contenidos en una regulación normativa determinada (Alfaro, 2011).

Por lo expuesto, es importante identificar la naturaleza jurídica de la indemnización que emana del artículo 345 – A para establecer cuáles serían las normas supletorias que se aplican en sus variados problemas. Habiendo aclarado este punto, empezaremos por analizar la figura en mención en otros ordenamientos jurídicos que inspiraron nuestro Derecho Civil, así como de algunos países latinoamericanos (en especial Chile) que guardan relación con el nuestro.

### **2.3.1. FRANCIA**

La denominación que se utiliza en el derecho francés es: prestation compensatoire (prestación compensatoria) y es considerado como el primer

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

precedente para la introducción y regulación de la indemnización del artículo 345-A del Código Civil.

Conforme lo señala Hoya y Anaut (2000) hay algunos aspectos fundamentales que nos permiten comprender más esta figura:

- a) Esta prestación compensatoria únicamente puede tener lugar en los casos de divorcio, pues en los supuestos de separación no es aplicable, ya que rige en esta situación el llamado “deber de socorro entre cónyuges”.
- b) La firmeza de la sentencia de divorcio es el momento en que deberá tomarse en consideración para determinar la existencia de una diferencia patrimonial en la situación de los cónyuges, pues es la que concretamente se pretende compensar con la pensión.

En Francia con la reforma por Ley N° 2004-439 (26 de mayo de 2004) el cual entró en vigencia el 1 enero de 2005, se modifica varios artículos de su Código Civil referidos al divorcio. Respecto a la prestación económica reproduciremos los artículos 270, 271 y 273 del CC.

- a) Artículo 270. El divorcio pondrá fin al deber de socorro entre los cónyuges.
- b) Uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura de matrimonio en las condiciones de vida respectivas. La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado. Tendrá la forma de un capital cuyo importe será determinado por el juez.
- c) Sin embargo, el juez podrá denegar la concesión de dicha prestación si la equidad lo exigiera, considerando los criterios previstos en el artículo. 271, o bien cuando el divorcio, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura, fuera pronunciado a tribuyendo todas las causas de culpabilidad a la parte que lo solicita el beneficio de dicha prestación.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Dicho artículo establece la desaparición del deber de socorro. Además, se aprecia que el texto establece el momento determinante para apreciar la disparidad y el desequilibrio, no el de la disolución de la vida conyugal sino el de la ruptura del matrimonio, la cual se ha producido cuando, habiendo desaparecido el vínculo, los ex-esposos se han desvinculado definitivamente a nivel económico, por la liquidación de la sociedad conyugal. Es en este momento en el que tendrá que constatarse esta disparidad a pesar de la separación anterior.

En cuanto a la determinación de la pensión compensatoria el juzgador toma en consideración los elementos enumerados en el artículo 271 CC francés:

Artículo 271. La prestación compensatoria se fijará según las necesidades del cónyuge a quien se pague y los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y la evolución de esta en un futuro previsible.

En este caso, particularmente:

- La duración del matrimonio.
- La edad y el estado de salud de los esposos.
- La cualificación y situación profesionales
- Las consecuencias de las opciones profesionales tomadas por uno de los cónyuges durante su vida en común para la educación de los hijos y el tiempo que sea necesario aún consagrarles o para favorecer la carrera del cónyuge en detrimento de la suya propia.
- El patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen económico matrimonial.
- Sus derechos existentes y previsibles;
- Su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Debido a su notable carácter compensatorio, la prestación se configura a tanto alzado (pago único), ya que lo que se pretende es resolver el problema de una vez por todas (Claude citado por Alfaro, 2011).

### **2.3.2. ITALIA**

En el ordenamiento jurídico en Italia se permiten dos tipos de divorcio: el divorcio inmediato (aplicado a situaciones excepcionales) y el divorcio diferido (que se aplica generalmente a todos los casos de divorcio).

En cuanto al divorcio diferido, este se puede conceder a los cónyuges que hayan vivido separados de forma continua durante un cierto periodo de tiempo. La separación puede ser de forma consensual o judicialmente. En los dos casos, se solicita que haya sido declarada en comparecencia ante el juez. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el juez no acordará el divorcio automáticamente tras el transcurso del plazo de separación, sino que los cónyuges deberán introducir una demanda de divorcio, alegando como causa del mismo la separación.

En Italia la Ley de 1 de diciembre de 1.970 de derecho de familia, regula la pensión en su artículo 5º el cual establece que con la Sentencia que concertase la disolución o cesación de efectos civiles del matrimonio, el Tribunal disponía, tomando en cuenta las condiciones económicas de los esposos y de los motivos de la decisión, la "posibilidad" de imputar la obligación a uno de los esposos de proporcionar al otro, de forma periódica, una pensión en proporción a sus capitales y rentas. Para poder determinar la pensión el Juzgador debía tener en cuenta la contribución personal y económica que aportaron cada uno de los

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

esposos a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio familiar. Para su fijación se tomó en cuenta ya sea el resarcimiento por el fracaso matrimonial, la compensación o alimenticia (Hoya y Anaut, 2000).

No obstante, a lo mencionado, actualmente en el Derecho italiano su fundamento según la doctrina mayoritaria se destaca el en el principio de la solidaridad post-conyugal.

La doctrina italiana afirma que el presupuesto fundamental para la atribución de la pensión, y en definitiva el elemento representativo de ésta, es el desequilibrio surgido para el cónyuge por efecto del cual uno de ellos queda privado de los medios para el propio mantenimiento, bien sea por imposibilidad transitoria o permanente de procurárselo. En igual sentido la jurisprudencia se ha orientado, para su concesión, a considerar la situación concreta y la dificultad real en que se encuentra el cónyuge para integrarse en el mundo del trabajo y conseguir su propia independencia económica.

### **2.3.3. ESPAÑA**

La regulación actual de la pensión compensatoria se recoge en Ley 15/2.005 de 8 de junio, que reforma la Ley de 7 de julio de 1.981, modificando el art. 97 CC.

En la legislación española el divorcio o la separación tiene su inicio únicamente en el quiebre del matrimonio, ya sea por término de la convivencia matrimonial sin que se le atribuya culpa al cónyuge que interpone la demanda, ya que no

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

hablamos de un “divorcio-sanción”, sino de un “divorcio-remedio” (García, 1995).

Campuzano, con la que coinciden Pereda y Vega (1994) la definen como:

aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida con el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal (p. 157).

Con la modificatoria incluida por Ley 15/2005 de 8 de julio, se sustituyó el “derecho a una pensión” por el “derecho a una compensación”; por ende, ya no consiste únicamente en una prestación periódica. Además, con dicha modificatoria, la naturaleza jurídica es compensatoria, dejando de lado la indemnizatoria y asistencial.

Cabe tener presente que con esta modificación se soluciona un tema que en la praxis ya se había resuelto por la jurisprudencia, el de si se lograba fijar una pensión temporal y, finalmente, se señala de forma expresa que la compensación se puede establecer tanto en el convenio regulador, así como en la sentencia (Montero, 2006).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

El vigente artículo 97 del Código Español establece:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia (...).

El segundo párrafo de dicho artículo incluye las circunstancias que se fijará en la resolución judicial, las que se mantienen de la Ley de 1981, manteniéndose también con la reforma el carácter de *numerus apertus* (Lazarte, 2006).

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.<sup>a</sup> Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.<sup>a</sup> La edad y el estado de salud.
- 3.<sup>a</sup> La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.<sup>a</sup> La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.<sup>a</sup> La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.<sup>a</sup> La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.<sup>a</sup> La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.<sup>a</sup> El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.<sup>a</sup> Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Conforme refiere Saura (2004), la regulación de la pensión compensatoria posee su precedente e inicio directo en el Código Francés, concretamente en la redacción introducida por reforma legislativa realizada en 1975, en la que se prescinde del elemento de la culpa. Con el fin de evitar la culpa del divorcio, así como los posteriores conflictos derivados de dicha obligación patrimonial periódica. Así también lo consideran los juristas Pereda y Vega (1994) respecto a “la línea del *assegno di divorcio* del ordenamiento italiano (artículo 5, Ley 1 de diciembre de 1970) o de la *prestation compensatoire* (artículo 272, *Code*)” (p.154).

Han existido disímiles punto de vista doctrinales respecto a su naturaleza; por un lado algunos la consideraban alimenticia, consignada a satisfacer condiciones de necesidad del esposo que se encontraba en situación precaria, por otro lado, indemnizatorio, ocasionada por el daño que la separación o divorcio originan en uno de los esposos (Aparicio, 1999) y, finalmente se aboga por un carácter compensatorio de la inestabilidad producida por la separación o el divorcio en uno de los esposos en relación a la situación sostenida durante su convivencia conyugal, que tiene como fin impedir que el rompimiento matrimonial suponga para uno de los esposos una decadencia del nivel de vida que este había disfrutado durante dicha vida en común (Martínez, 2013).

Por ello, después de la reforma del artículo 97 del CC, se opta por una naturaleza híbrida – compensatoria/indemnizatoria, como caracteres complementarios, dado que para para que opere la pensión compensatoria precisamente debe existir una disparidad entre los esposos como consecuencia de la separación o el

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

divorcio (no es necesario probar la existencia de dicha necesidad) y, consecuentemente, que el esposo perjudicado pueda ser estimado como merecedor de una pensión, esto en relación a la situación económica que tuvo durante su vida matrimonial y en cuanto a la posición que mantenía la otra parte, por ende no se pretende equiparar de forma económica los patrimonios (Barberá, 2003).

De esta manera, la legislación en España busca compensar al consorte que se ubica en una posición de desequilibrio económico en comparación con la posición de su consorte, que implique un empeoramiento en su posición que disfrutaba constantemente en su vida conyugal.

### **2.3.4. CHILE**

En Chile se dictó en 1884 la Ley del Matrimonio Civil, que secularizó el matrimonio, pero las condiciones de validez y las formas de disolución reconocidas siguieron de cerca el Derecho Canónico. El divorcio fue reconocido en la legislación sólo como una “separación de cuerpos”, sin efectos sobre el vínculo matrimonial, que seguía plenamente vigente (Tapia, 2009).

Fue con la dación de la Ley N.º 19.947 que entró en vigencia desde el 18 de noviembre de 2004, que el divorcio vincular fue reconocido en la Nueva Ley del Matrimonio Civil Chilena (en adelante LMC). Los artículos 61 a 66 abordan la compensación económica.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Asimismo, en cuanto al fundamento de la figura de la compensación económica, la doctrina mayoritaria, toma como aplicación el principio consagrado en el artículo 3º, inciso 1º de la L.M.C, el cual dispone que en las materias de familia que se encuentran reguladas por dicha ley deberán ser solucionadas cuidando resguardar siempre el interés superior de los hijos y del consorte más débil (Orrego, 2004).

En tal sentido, la compensación económica pretende a que exista una equidad, lo cual se logrará al evitar que uno de los esposos permanezca en una situación económica desventajosa, como consecuencia del divorcio.

Así, el artículo 61 de la Ley 19.947 de Matrimonio civil, menciona las causales de procedencia de la compensación, el cual dispone:

Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar Común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, Cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el Menoscabo económico sufrido por esta causa.

Además es pertinente acotar que dado que la ley no delimita el concepto de compensación económica, el profesor Maturana (2004) señala que dicha compensación viene a ser la indemnización a la que tiene derecho uno de los esposos si es que se declara la nulidad o el divorcio por el menoscabo económico siempre que se hubiere dedicado a cuidar a los hijos en común o a los quehaceres propios de su hogar, lo cual le impidió por esta razón desempeñarse

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

en una actividad que le genere ganancias mientras estaba vigente el matrimonio o lo haya desarrollado en menor proporción de lo que pretendía hacerlo.

En relación a la naturaleza de la compensación económica hay una gran disputa doctrinaria, algunas la consideraban como un derecho de alimentos, otros como un desequilibrio económico y finalmente como una indemnización por daños patrimoniales.

Se opina que esta situación se produce por el poco tiempo en que se desarrolló la institución, así como lo sostiene el profesor Pizarro (2009), al señalar que la regulación de los efectos patrimoniales que se producen por el término del matrimonio o por la declaración de divorcio o nulidad no se originó producto de una evolución legislativa ni por medio de la jurisprudencia. En similar sentido, ocurre en las legislaciones de latinoamérica, dicha importación es el resultado de otros ordenamientos, como el francés, italiano y español (Alfaro, 2011).

Sin embargo, a pesar de estos cuestionamientos, concluyeron que no hay una concepción determinada, es una figura completamente diferente, así como si se considerase una responsabilidad de carácter objetiva, en igual argumento autores Céspedes y Vargas (2008) sostienen que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia, es decir, es solo una obligación impuesta por la ley de contenido patrimonial y que tiene por fin entregarle herramientas al cónyuge más perjudicado para que pueda volver a iniciar su vida a solas (equidad).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Es conveniente citar que el inciso primero del artículo 62 de la L.M.C efectúa una numeración no taxativa, así como establece el ordenamiento jurídico en Francia y por extensión en España (referente normativo de este país) de ocho circunstancias que deben ser consideradas para determinar la existencia del menoscabo:

- i) Duración del matrimonio
- ii) Duración de la vida en común de los cónyuges
- iii) La situación patrimonial de ambos
- iv) La buena o mala fe
- v) La edad y el estado de salud del conyugue beneficiario
- vi) Su situación en materia de beneficios previsionales
- vii) Posibilidad de acceso al mercado laboral:
- viii) La colaboración que hubiera prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge

Frente a dichas circunstancias, se establece como excepción: “Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto.”

Asimismo, es conveniente resaltar que en la citada Ley de Matrimonio existen dos maneras para determinar su procedencia, según se desprende de los artículos 63 y 64 de la L.M.C:

- a) Que los cónyuges, siendo mayores de edad, pueden convenir la compensación económica y su monto de común acuerdo. Esto debe constar

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

por escritura pública o acta de advenimiento, que serán posteriormente sometida a la aprobación del tribunal.

- b) Si no existe acuerdo entre los cónyuges o son menores de edad, la procedencia y el monto de la compensación económica se determinará en la sentencia de divorcio o nulidad, según corresponda.

De conformidad con el segundo inciso del artículo 64 de la L.M.C, esto puede ser solicitado por el consorte al momento de entablar su demanda. Si esta no es solicitada en la demanda, el juez debe comunicar a los consortes que se les asiste este derecho en la audiencia preparatoria.

### **2.3.5. ARGENTINA**

Mediante Ley 17.711 de 1968 se incorpora al derecho civil el artículo 67 bis mediante el cual está permitido petitionar el divorcio (no vincular) por mutuo acuerdo de los cónyuges.

Respecto a los efectos derivados del divorcio se diferencian las distintas causas como las dos instituciones, separación personal o divorcio vincular, las cuales repercuten directamente en los cónyuges o ex cónyuges que en el sistema argentino se denominan alimentos y no pensión compensatoria.

Como se desglosa del artículo 207 del Código Civil argentino, este contiene la pensión compensatoria un poco sui generis (es decir, mantiene una regulación distinta, pero con similitud al del artículo 97 del Código Civil español) pues, aunque formula el término de consorte causante de la separación, establece el

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

criterio del mantenimiento del nivel económico el cual disfrutaron cuando estaba vigente su convivencia. De esta forma se desprende en dicho artículo:

Art.207.- El cónyuge **que hubiere dado causa a la separación** personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, **mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia**, teniendo en cuenta los recursos de ambos. Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta: 1ro. La edad y estado de salud de los cónyuges; 2do. La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos; 3ro. La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado; 4to. La eventual pérdida de un derecho de pensión; 5to. El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal. En la sentencia el juez fijará las bases para actualizar el monto alimentario. (negrita nuestra)

Esta disposición se establece no solo para los casos de separación personal sino también de divorcio vincular, y de él se desprende que el artículo 217 CC argentino es de carácter subjetivo, es decir, donde se dirimen culpas. Dado que el cónyuge culpable debe cumplir una obligación alimentaria que le permita al otro conservar el nivel de vida que disfrutaba durante su vida en común, estableciéndose ciertas pautas para la fijación de dicha obligación.

Como bien, lo señalan Bossert y Zannoni (2004), esta contribución que deberá hacer un cónyuge respecto al otro, proviene del resarcimiento de los daños en materia de nulidad del matrimonio, pues en el ordenamiento argentino no se tenía previsto el resarcimiento de los daños producto del divorcio, siendo la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

jurisprudencia quien ha extendido dicha aplicación de la responsabilidad civil de forma supletoria en los casos de divorcio por culpa.

Asimismo, conforme lo menciona el profesor Alfaro (2011) del Tercer Pleno Casatorio Civil se desprende que la Corte Suprema se ha remitido a cierta parte de la doctrina argentina, sin que previamente hayan revisado a fondo dicho formante doctrinal, siendo una figura jurídica creada por la jurisprudencia en su aplicación supletoria con la figura de la nulidad de matrimonio.

Agrega que en Argentina no se ha tomado como referencia los modelos jurídicos de Francia, España e Italia que son fuentes de inspiración de la indemnización en estudio.

Por ende, si bien es cierto la jurisprudencia hace referencia a la pensión compensatoria en el derecho español, también es cierto que de los artículos comentados se desprende un factor de culpa, diferente a lo que se establece España, donde la ley atribuye dicha prestación económica al margen de toda culpabilidad.

Al margen de lo anteriormente indicado, es conveniente precisar que a partir del año 2015 la regulación recogida en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino en su artículo 441 se avoca a la figura de la compensación económica por el divorcio. Sin embargo, para nuestro estudio, respecto a la naturaleza jurídica estudiamos el Código Civil de Argentina, antes de su modificatoria, debido a que el Tercer Pleno Casatorio Civil se dictó en el año 2011.

### **2.3.6. MÉXICO**

En México el divorcio es un instituto que ha sido plasmado, con efectos no muy rigurosos, en todo momento como enmienda para los matrimonios frustrados salvo en la época colonial.

El 29 de diciembre de 1914, se aprobó la Ley de Divorcio Vincular que posteriormente fue acogida por la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917. Finalmente, el Código Civil de 1928, acogió también el divorcio con una serie de causas y otras que se han ido acumulando.

El divorcio en México puede realizarse voluntariamente, es decir, de mutuo acuerdo. El divorcio voluntario se puede dar cuando los cónyuges están casados por lo menos un año o más y ambos están de acuerdo en que se realice (artículo 266 CC Federal).

En el divorcio voluntario se puede dar mediante el procedimiento administrativo y judicial, mientras que en el divorcio necesario (artículo 288 del CC Federal) procede cuando existan una o varias causas atribuibles a cualquiera de los dos consortes, o en su caso imputables a los dos, en donde uno demande y el otro reconvenga, siendo las causas las enumeradas en el artículo 267 del CC Federal).

Los efectos patrimoniales del divorcio consisten en señalar y asegurar los alimentos que debe otorgar el deudor alimentario al consorte acreedor y a sus hijos estableciéndose por el mismo lapso de duración del matrimonio.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Igualmente, se solicitará que ambos esposos muestren al juzgado, a través de una promesa, el inventario de sus posesiones y derechos, así como también de aquellos que no estén bajo el régimen de sociedad conyugal, de la misma forma, tienen que especificar el título bajo el cual lo adquirieron o lo tienen en posesión, además del valor que pudieran poseer, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición.

El juez puede dictar sentencia condenando al culpable al pago de alimentos del inocente, en tanto viva honestamente y no contraiga nuevas nupcias, tomando en consideración las condiciones del caso, y la capacidad de laborar de los consortes, así como su posición económica (artículo 288 del CC Federal).

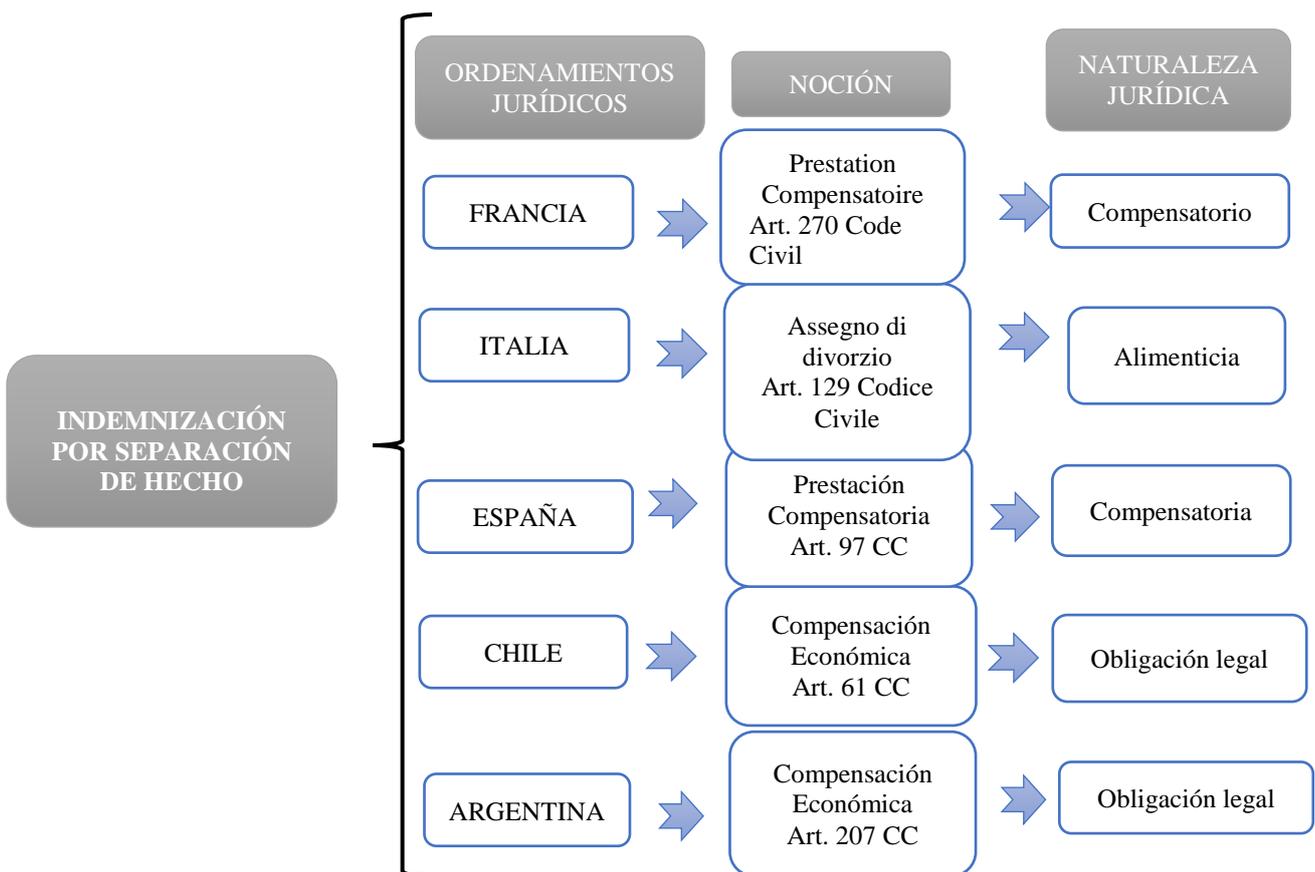
También puede, en su caso, el juzgador puede condenar al consorte deudor al pago de daños y perjuicios si los origina.

Como advertimos, en la legislación mexicana, solo se admite el divorcio por el cónyuge que no lo haya causado y como plazo de interposición seis (06) meses de haberse enterado (artículo 278 CC Federal). A diferencia de nuestra legislación peruana que, al momento de entablar una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, está puede interponerse por cualquiera de los cónyuges sin mediar causa. Además, este ordenamiento prevé que, en los casos de divorcio necesario, esto es, cuando existe una o varias causas atribuibles a uno de los consortes, se sentenciará el pago de alimentos en favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta según el caso en concreto, y la capacidad de trabajar de los cónyuges y su situación económica; que es totalmente diferente a

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

nuestro sistema, en donde la indemnización que se otorga a favor del cónyuge perjudicado tiene carácter de obligación legal, donde no media el dolo. No obstante, podemos advertir que este sistema jurídico toma supuestos como, la capacidad para laborar de los consortes, y su posición económica, pero para juzgar a cargo del cónyuge deudor a un pago por alimentos.

Reproduciremos mediante un esquema la naturaleza jurídica de la figura de la indemnización en la causal de separación de hecho, de los ordenamientos jurídicos más relevantes para nuestra investigación:



**2.4. ¿INDEMNIZACIÓN O RESARCIMIENTO EN LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO?**

Es oportuno mencionar que en la legislación nacional no ha habido consenso respecto a la naturaleza jurídica de la indemnización en la causal de separación de hecho.

Para ello, partiremos en mencionar que nuestra legislación mediante Ley N° 27495 se introdujo la causal de separación de hecho, como una causal objetiva que pertenece al sistema de divorcio-remedio (junto con la separación convencional).

Ahora bien, como ya se ha definido la causal de separación de hecho es la situación de facto en que se hayan los esposos al quebrantar de forma permanente el deber de cohabitación, sin que exista un motivo justificado que atribuya a los esposos dicha separación, no existiendo de forma previa tampoco una decisión judicial.

Plácido (2003), la define como el estado en que se hayan los consortes quienes de forma voluntaria ya sea de forma expresa o implícita quebrantan el deber de cohabitación en forma permanente, sin que medie una decisión judicial decidida.

Ahora bien, respecto a la naturaleza jurídica, como bien comentamos, a pesar de que hubo diferentes posiciones<sup>2</sup> en cuanto a la determinación de la misma, el Tercer Pleno Casatorio Civil es correcto en sostener que la indemnización en estudio es de carácter obligacional, así se desprende del considerando 57:

---

<sup>2</sup> Se alegaba que la naturaleza era asistencial o alimenticia; de responsabilidad civil contractual o extracontractual, y de obligación legal (posición adoptada por el Pleno).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

En cuanto a la **naturaleza jurídica de la indemnización**, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente 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 (...) (subrayado nuestro).

Por consiguiente, el título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria del segundo párrafo del artículo 345<sup>o</sup>-A del CC, es solamente la ley y su propósito no es reparar daños, sino restablecer desequilibrios económicos que resultan de la ruptura del matrimonio.

Sin embargo, a pesar de que ha quedado establecida su naturaleza jurídica, el mismo Pleno sostiene de manera incoherente analizar algunos elementos de la responsabilidad civil<sup>3</sup> a efectos de identificar al menos perjudicado, así como determinar el quantum indemnizatorio, como si fuese un supuesto de resarcimiento.

Ante ello, es necesaria hacer la distinción respecto a los conceptos de indemnización y resarcimiento a efectos de realizar una correcta aplicación de dichos remedios.

---

<sup>3</sup> En el fundamento 61 se sostiene que la culpa o el dolo del cónyuge se tendrán en cuenta para determinar la magnitud de los perjuicios y graduación del monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

La mayoría de autores, así como estudiosos en el tema consideran que ambos conceptos son sinónimos; podemos observar que esto sucede a menudo en la práctica diaria donde se utiliza indistintamente ambas figuras para petitionar alguna pretensión como si fueran lo mismo y nuestro sistema jurídico les otorgara iguales remedios para su defensa, praxis que consideramos no es la correcta.

En realidad, advertimos que este desconocimiento de diferenciación y tratarlos como sinónimos emana tanto del ordenamiento jurídico como de la doctrina, ya sea porque solo aplican la ley o porque no se realizó un estudio sobre la doctrina nacional y comparada, generando así una confusión.

A efectos de entender esta situación, es pertinente primero precisar de forma correcta la definición jurídica de cada término. Como lo menciona Trimarchi, citado por Monroy (2015) para que se muestre un correcto entendimiento de las instituciones del Derecho Civil una terminología adecuada es el instrumento necesario para cualquier razonamiento que aspire a la profundidad analítica y a la claridad. No obstante, agrega que esto puede presentar una serie de dificultades, esto es, un lenguaje no técnico en la vida diaria, por ende, se consolida el uso de un mismo término con diferentes significados.

Continúa el autor señalando que, los términos (remedio e indemnización) presentan dificultades por cuanto en nuestro sistema jurídico son tomadas como sinónimos.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

En cuanto al Tercer Pleno Casatorio, se desprende que en la figura de la indemnización ya no debería analizarse los elementos de la responsabilidad civil. Esto debido a que en su fundamento 57 considera que la indemnización no posee una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no se debería analizar los elementos de la responsabilidad civil contractual o extracontractual. Además, en su fundamento 54 señala que “la finalidad de la obligación legal del segundo párrafo del artículo 345-A del CC no es resarcir, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial”.

Ello a pesar de que el profesor Fernández (2015) señale que, por su uso asentado en la conciencia jurídica peruana, el concepto de indemnización debiera considerarse sinónimo de resarcimiento<sup>4</sup>.

Así, debe quedar sentado que la indemnización a diferencia del resarcimiento, se otorga por la ley, siendo el órgano competente quien deberá otorgar dicha indemnización sin que sea necesario analizar los elementos de la responsabilidad civil.

Pese a la contradicción que emana del Pleno, como ya se ha advertido, hay varios autores quienes han aportado criterios a fin de diferenciar dichos conceptos.

---

<sup>4</sup> Lo dicho hace referencia a que gran parte de la doctrina, como lo refiere el citado autor, considera que ambas definiciones deben ser consideradas idénticas, pues del Código Civil no se establece distinción. Agrega que cuando el Código Civil de 1984 nos remite al concepto de “indemnización” inmediatamente se le vincula a la responsabilidad civil.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

El profesor Beltrán (2010) precisa que la indemnización está referida a la compensación, que tiene como fuente a la ley, siendo impuesto por el ordenamiento jurídico.

La indemnización es considerada una compensación genérica, pues conlleva a eliminar o graduar el incorrecto acrecentamiento de un patrimonio en menoscabo de otro, cumpliendo de esta manera una función “reequilibradora o reintegradora” (Campos, 2017).

En la misma línea, el profesor Morales (2011), de conformidad con Cesare Salvi, refiere que la indemnización es un remedio entre los cuales se encuentra comprendido una obligación dineraria que es necesario pues es resultado de la pérdida de un derecho que puede ser constatado en un determinado hecho jurídico concreto.

Advirtamos cinco casos de indemnización en nuestro ordenamiento (los más admitidos por la doctrina) diferenciados de forma clara con el resarcimiento:

- a) En primer lugar, como vemos, la indemnización que surge del divorcio por separación de hecho. Así, el Juez deberá fijar una indemnización, incluso de oficio, cuando exista perjuicio a uno de los cónyuges.
- b) La expropiación. La ley especial señala que la expropiación es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada por ley expresa del Congreso a favor del Estado y previo pago en efectivo de una indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

c) La Indemnización por despido arbitrario o como lo denominan algunos laboristas “indemnización tarifada”. Producido el despido arbitrario, el empleador deberá indemnizar al trabajador con una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones.

d) La indemnización del incapaz de discernimiento. Como sabemos, el incapaz de discernimiento no es responsable civilmente por el daño causado, sin embargo, responderá su representante legal. La norma señala que en caso la víctima no haya podido obtener reparación en el supuesto anterior (se refiere al artículo 1976° del Código Civil), puede el Juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo (artículo 1977° del Código).

e) La indemnización por ruptura de esponsales. Así, si la promesa de matrimonio se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, aquel estará obligado a indemnizar. Incluso dicha institución tiene un plazo para exigir la obligación legal indemnizatorio: 1 año a partir de la ruptura de la promesa (Pariasca, 2015, p.4).

A su vez, el doctor Beltrán (2010) hace una distinción, mencionando que el resarcimiento se relaciona a la compensación que tiene que aceptar una persona, quien se encuentra en una posición jurídica subjetiva desventajosa, al haber causado algún daño, pero siempre que demuestre la presencia de los presupuestos de la responsabilidad civil.

La obligación resarcitoria - resarcimiento de daños – es producida por culpa o no del sujeto dañador o por un hecho u acto ilícito, del cual se tiene que aplicar los

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

regímenes sea de responsabilidad por inexecución de obligaciones o de un régimen de responsabilidad extracontractual (Morales, 2019).

El resarcimiento está referido a la prestación de una suma dineraria adecuada a favor de quien es considerado perjudicado a fin de otorgar una situación económicamente idéntica al valor del bien que fue comprometido (De Cupis, 1975).

Asimismo, en el prólogo al libro del Dr. Alfaro (2011), el Dr. León señala que la diferencia entre resarcimiento e indemnización no tiene que limitarse solo al ámbito doctrinal. Menciona que en el resarcimiento debe existir no solo el daño sino también la relación de causalidad, el cual se verifica en base a un criterio de imputación, que se origina en un acto que genera responsabilidad civil, mientras que el resarcimiento nace de un acto generador de responsabilidad civil.

Habiendo hecho estas precisiones, consideramos que es importante citar la tesis realizada por el Dr. León como *amicus curiae* en el Tercer Pleno Casatorio, en cuanto a las diferencias entre ambos conceptos:

- a) El sistema peruano debiera iniciar una **diferenciación** clara y precisa entre “**indemnización**” y “**resarcimiento**”, pues son conceptos con diferentes alcances. En el primero no es necesario imputar **responsabilidad civil** ni hablar de culpable o de imputable, sea por un incumplimiento o por un ilícito aquiliano [...]. La indemnización tiene por fuente exclusiva a la ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con un criterio de **equidad**.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

b) Un análisis estrictamente jurídico del precepto bajo comentario revela, en sentido contrario a la interpretación judicial corriente, que **el artículo 345-A del Código Civil no reglamenta**, en modo alguno, **un supuesto de responsabilidad civil**.

c) En efecto, el artículo 345-A del Código Civil es uno donde es **imposible advertir los elementos del juicio de responsabilidad**, a saber: el daño, la causalidad y el criterio de imputación.

d) En cuanto al daño, basta hacer notar que la **separación de hecho**, por sí misma, **no** representa un **daño “resarcible”** desde la óptica de la responsabilidad civil. Como es fácil de advertir, se trata de una hipótesis que no coincide con ninguna de las tradicionales voces de daño: el daño material (daño emergente y el lucro cesante) y el daño moral (padecimiento anímico, sufrimiento, dolor y, a la vez, violación de derechos de la personalidad).

e) La **“indemnización al cónyuge perjudicado”** es una **compensación económica especial** que el legislador ha previsto por motivos de **solidaridad familiar**. No está basada, por lo tanto, en la comisión de un **“daño resarcible”**, sino en la simple verificación de una situación de **desbalance económico** entre las partes, a raíz de la separación.

f) La **indemnización** prevista en la ley debe ser concedida bajo las siguientes bases:

i. El fundamento de la indemnización al cónyuge perjudicado debe ser la **solidaridad familiar**, **no** un hecho de **responsabilidad civil**;

ii. El juez debe atender exclusivamente a un **elemento objetivo**, la diferencia patrimonial entre los excónyuges como resultado de la separación y el divorcio, lo que viene a constituir el **perjuicio**;

iii. Establecido el desbalance, se indemniza al menos favorecido, sobre la base de la **equidad** (negrita nuestra).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

A su vez, para ampliar el desarrollo de dicha distinción, el doctor Campos (2017) ha distinguido una serie de criterios:

a. **Carácter funcional:** No se puede equiparar (indemnización y resarcimiento) porque tienen objetos diferentes. La indemnización es utilizada para eliminar o moderar el indebido aumento de un patrimonio en perjuicio de otro, teniendo una función «reequilibradora o reintegradora». No tiene una función sancionatoria. Mientras que, el resarcimiento se cumple con una finalidad de restaurar el patrimonio lesionado, así como del restablecimiento de una situación perjudicada, con respecto a la víctima.

b. **Carácter estructural:** Los presupuestos que se exige para solicitar ya sea la indemnización o resarcimiento no son lo mismo.

Para el resarcimiento es exigible un juicio de responsabilidad, se necesita acreditar el daño, acto generador de responsabilidad, nexo de causalidad y criterio de imputación, así como para su procedencia se recurre a un criterio de imputación y haciendo un estudio del resarcimiento se imputará un daño a un sujeto. Por otro lado, la indemnización es considerada una obligación legal que se origina por la sola constatación del hecho. Teniendo como criterio para su procedencia la equidad. Por ejemplo, en la expropiación, para el justiprecio no se analiza la responsabilidad para que pueda proceder.

c. **Carácter Consecuencial:** Atendiendo a que las consecuencias de indemnización o resarcimiento son diferentes.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

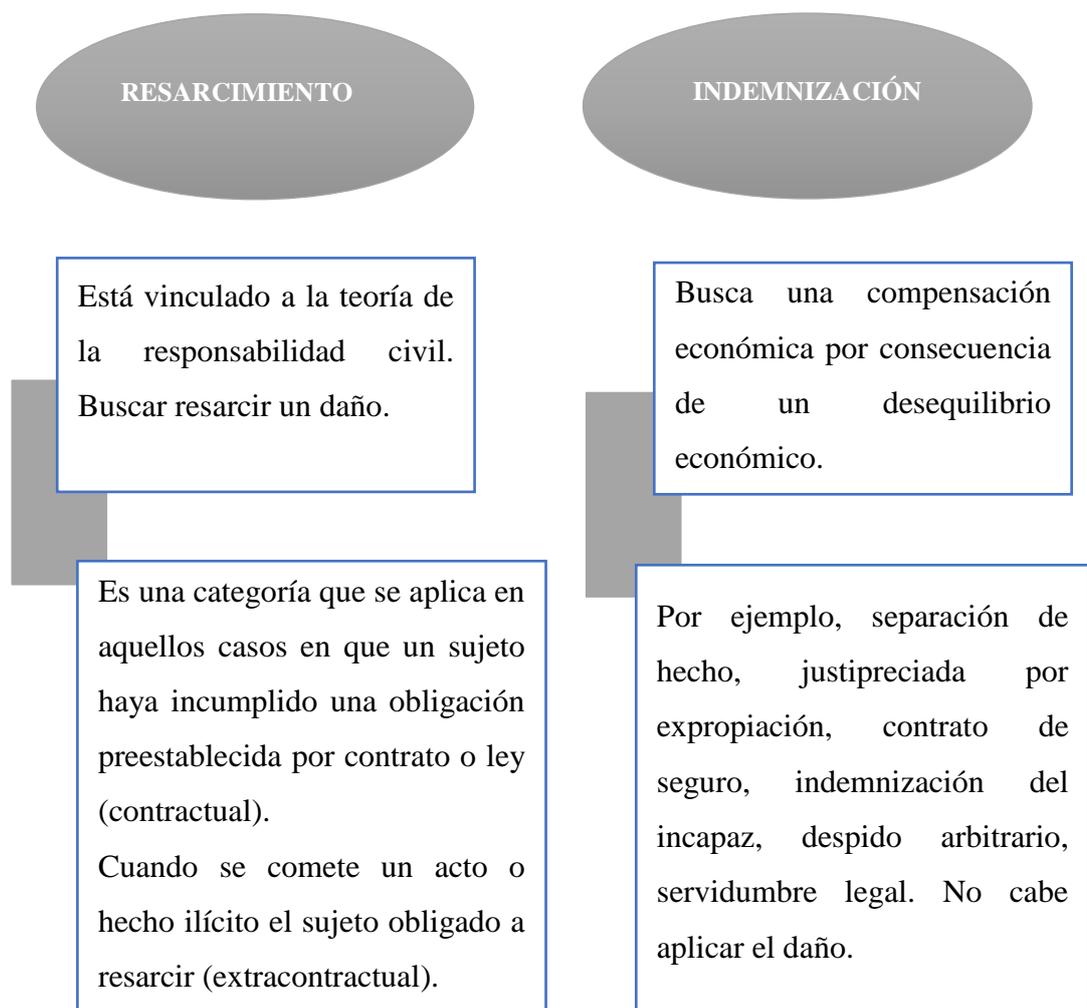
- La cuantía de la suma de dinero: Cuando nos referimos a la indemnización, está prescinde de la adecuación al daño; en cambio en el caso del resarcimiento la cuantía es en razón, solamente, al daño.
- Al diferente alcance en cuanto a si se está frente a un supuesto generador de indemnización o resarcimiento: Cuando nos referimos a una obligación indemnizatoria esta equivale a una compensación dineraria; en cambio, en la obligación resarcitoria, su objeto - reparación del daño- puede consistir un resarcimiento, referida a una situación económica igual al daño producido o una reintegradora, referida a crear una situación material correspondiente a la anterior de acaecida el daño.

De lo señalado, como lo indica el profesor León (2007) existe una diferencia trascendental que debe advertirse al momento de analizar textos alemanes e italianos para el estudio de las instituciones anteriormente detalladas, esto por que como es sabido ya sea en el sentido coloquial y hasta en el ámbito jurídico - lamentablemente- son tomadas como sinónimos. Así agrega que, en Alemania se hace una distinción entre *Schadensersatz* y *Entschädigung*, de la misma manera, en el sistema italiano, *indennità* y *risarcimento*. Por otro lado, resarcimiento se refiere a todo lo que se otorgue a título de responsabilidad por daños, e indemnización es un término más general, pues engloba desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido injustificado, etc.

De igual forma, consideramos pertinente especificar que el resarcimiento está referido a la prestación que asume una persona, quien está en una situación

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

desventajosa, al habersele ocasionado una consecuencia dañosa, pero siempre que se haya verificado que existen cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, a diferencia de la indemnización, que está referida a la prestación económica, de fuente legal, que es impuesta por el ordenamiento jurídico.



Ahora bien, habiendo realizado la distinción de ambos conceptos jurídicos, es pertinente conceptualizar la figura de la indemnización en la separación de hecho.

#### 2.4.1. CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR LA SEPARACIÓN DE HECHO

Como se desprende del artículo 345 – A- del Código Civil, 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.

En tal sentido, lo que pretende dicho artículo es indemnizar a aquel cónyuge que más pierde con la ruptura de su vida en común que es generada por la separación de hecho.

Es correcto analizar algunas nociones sobre la figura de la indemnización por separación de hecho respecto a modelos jurídicos del derecho comparado. El profesor Alfaro (2011), señala esto debido a que dicha figura jurídica se encuentra inspirada y fundamentada por la doctrina española y su extenso tratamiento normativo como un instituto análogo al nuestro, denominada prestación compensatoria. Así en Chile, recibe la denominación de compensación económica, en Francia, *prestation compensatoire*, en Italia *assegno di divorzio* y a partir del año 2015 en el Código Civil y Comercial de Argentina se le denomina compensación económica.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Así, por ejemplo, en la doctrina española, se define a la pensión compensatoria como la cantidad periódica que tras la separación o el divorcio un consorte debe satisfacer a otro, para compensar la inestabilidad soportado por un consorte (denominado acreedor), en comparación con el otro consorte (denominado deudor), como un resultado directo de aquella situación, lo cual implica un empeoramiento en comparación con su anterior situación sobrellevada en su vida en común (Zarraluqui, 2005).

A su vez, Campuzano refiere que es:

aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre – debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal (citado por Lepin, 2008, p. 93).

En tal sentido, la indemnización (obligación legal indemnizatoria) es semejante a lo que en España denominan indemnizaciones por sacrificio, como supuestos prefijados legalmente (Torres, 2016).

Para Maturana, es la indemnización que tiene derecho uno de los esposos cuando se falle la nulidad o el divorcio, el cual se va a otorgar por el

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

menoscabo económico notorio como resultado de haberse dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, lo cual imposibilitó que pueda desempeñar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo efectuado, pero en menor proporción de lo que disponía (citado por Valdivia, 2013).

El menoscabo económico surge, así como la causa ocasionada patrimonialmente a uno de los esposos por no haber podido laborar o haberlo hecho en menor medida de lo que se quería o podía (Vidal, 2008).

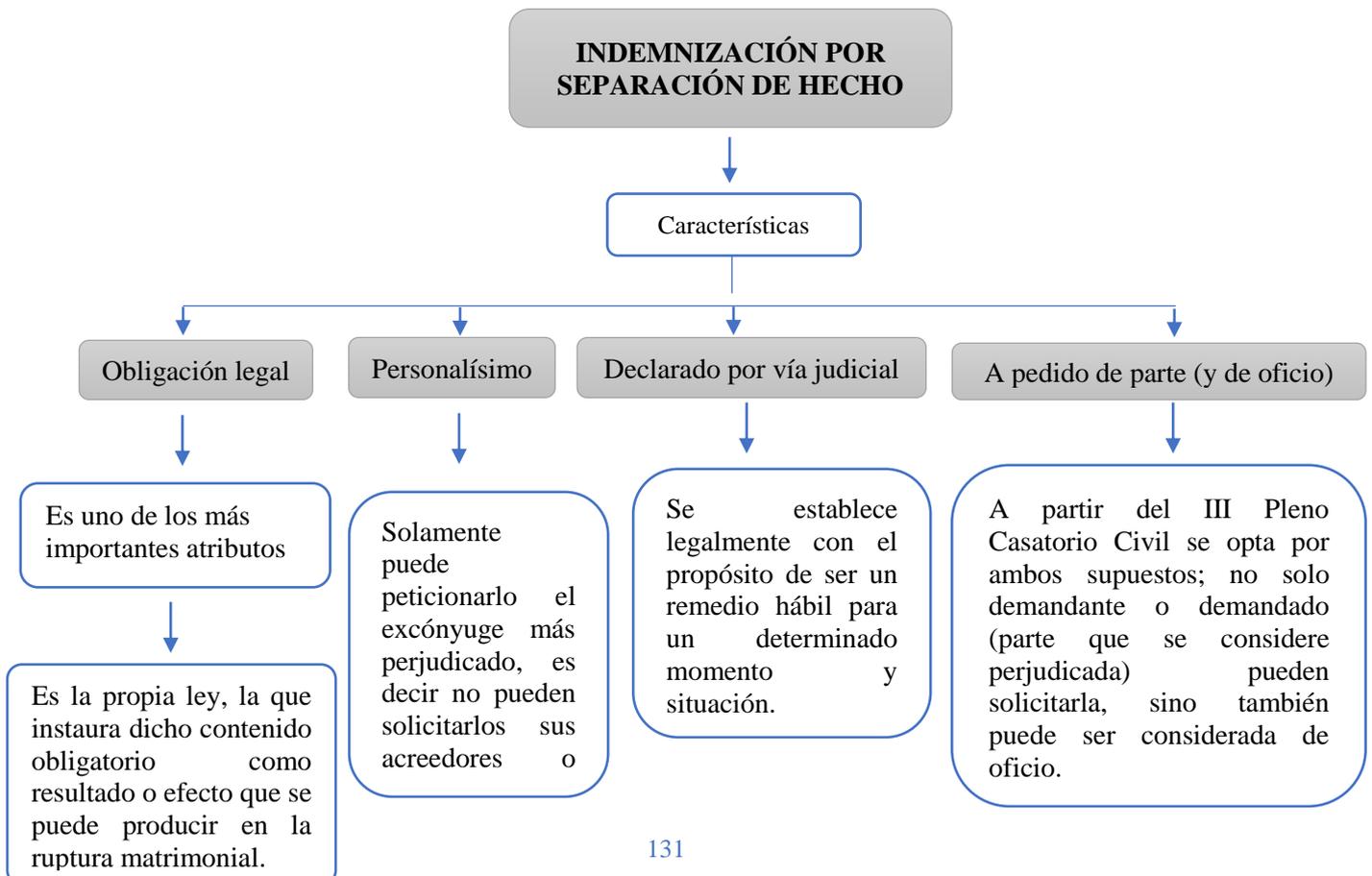
Por otro lado, como lo ha comentado la autora Zapata citada por Alfaro (2011), que si bien la indemnización en la separación de hecho, tiene la denominación de “indemnización por daño” no podrá ser definida en estricto de esa forma, ya que los daños producidos como resultado de la separación de hecho no precisamente pertenecen a una conducta antijurídica y de culpabilidad pues esto sería igual que alegar que la institución del matrimonio es una actividad riesgosa.

Asimismo, como apunta la autora Cornejo (2012) el menoscabo económico de la compensación económica no se define como un daño, sino como una inestabilidad o disparidad entre los consortes que conlleva un desmejoramiento de la posición de uno de ellos para su futuro.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Como bien sabemos, el Tercer Pleno Casatorio no desarrolla un concepto sobre lo que es la indemnización por la separación de hecho. Ante ello, el profesor Alfaro (2011), conceptúa a la indemnización como una obligación legal a favor del cónyuge más perjudicado, cuando se confirme la inestabilidad económica entre las situaciones personales de los esposos, capaz de generar un detrimento de naturaleza objetiva. De esta forma, se debe entender que lo que se busca es indemnizar al consorte quien está en una posición de inestabilidad económica en comparación con el otro, lo que implica un empeoramiento en la posición que mantenía cuando estaba vigente su matrimonio.

Mediante un esquema, describiremos las características que emanan de la indemnización por separación de hecho, analizada por el profesor Alfaro (2011):



## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Por consiguiente, luego de haber citado doctrina comparada, podemos concluir que la indemnización objeto de estudio es de naturaleza jurídica de obligación legal, la cual se concede cuando de dicha separación se produce una inestabilidad económica en comparación con la que tenía durante su relación matrimonial.

De dicho razonamiento, podemos mencionar que un presupuesto para que se conceda dicha indemnización es la existencia de un desequilibrio económico. Así, este desequilibrio o perjuicio económico será el elemento sustancial para la determinación, en el caso concreto, concurre o no derecho a reclamar y obtener la pensión compensatorio (Torres, 2016). Por ello, del artículo 345 – A se desprende como un requisito a efectos de otorgar dicha indemnización, la inestabilidad económica ocasionado por la ruptura.

Por otro lado, para fijar la cuantía indemnizatoria, existe jurisprudencia peruana que establece algunos supuestos para otorgarlo; no obstante, no advertimos un desarrollo de los mismos. Por tal motivo, la presente investigación se ceñirá a analizar los criterios que tendrá en consideración a efectos de fijar un monto indemnizatorio, dejando de lado como ya se ha reconocido, elementos que son propios de la responsabilidad civil.

## **CAPITULO III: CRITERIOS QUE CONTRIBUYEN A CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

**3.1. DEFICIENCIAS DEL TERCER PLENO, RESPECTO AL DESARROLLO DE LOS CRITERIOS PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

El Tercer Pleno, es un precedente judicial cuya decisión reviste de obligatoriedad para otros tribunales de igual o menor rango. En dicho precedente se desarrollaron diversas controversias con respecto a la naturaleza jurídica de la indemnización otorgada, que aspectos debe considerar el juez para identificar al cónyuge perjudicado, entre otros; no obstante lo que nos preocupa y que es objeto de nuestra investigación es que aún no se ha desarrollado, a nivel doctrinario ni jurisprudencial, los criterios que el juez ha de tener en cuenta para fijar la cuantía indemnizatoria; puesto que, si bien es cierto hace un mero intento de citar estos supuestos regulados en otra legislación como es la española, esto no es suficiente para su aplicación práctica en el ámbito jurídico por parte de los juzgadores así como de los abogados y de ser el caso para conocimiento de la ciudadanía.

Partiremos de cómo estas deficiencias en el Pleno respecto a la falta de desarrollo e imprecisión de los criterios, influyen en la práctica jurídica del juzgador, del abogado, así como causa la percepción de injusticia en el ciudadano sometido a proceso.

La labor del juez es muy importante en nuestra sociedad puesto que a través de ellos obtenemos justicia, en ellos recaen las controversias jurídicas que se producen en nuestra sociedad y las resuelven conforme a derecho; para tal fin,

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

como es el administrar justicia, los magistrados deben remitirse al contenido de la norma, la jurisprudencia, la doctrina y otras fuentes del derecho.

Retornando al tema materia de investigación, estas deficiencias influyen en los Jueces especializados en derecho de familia, quienes se avocan a los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, puesto que al momento de resolver advierten la ausencia de un desarrollo jurídico que les permita aplicar argumentativamente, que criterios son de utilidad, para fijar la cuantía indemnizatoria, siendo necesario proporcionarles una serie de criterios base a fin de que estos sean tomados en cuenta con la finalidad de argumentar sus decisiones.

Respecto a los abogados, Osterling (2004) menciona que es un profesional hábil destinado a resolver problemas complejos, con capacidad de argumentación y formación humanista, que es un conocedor en el dominio de la ley, está destinado a interpretar las normas incorporadas en nuestra comunidad, partiendo desde la Constitución Política, Códigos, Leyes y Reglamentos. Así, agrega que la abogacía es la aptitud de crear valores, por cuanto su labor está destinada a la consigna de alcanzar justicia a favor de su patrocinado. Para ello, debe analizar jurídica, lógica y razonablemente las normas al momento de plantear una demanda; así como, para su desenvolvimiento dentro del proceso necesita de instrumentos legales que le permitan desempeñar adecuadamente su labor; sin embargo con respecto a la realidad, dentro del proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, el abogado no cuenta con instrumentos que le permitan identificar qué criterios base debería desarrollar en su demanda al momento de solicitar una indemnización a favor de su patrocinado, proponiendo solo en sus

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

argumentos algunos lineamientos desarrollados por el Pleno como son los criterios para identificar al cónyuge perjudicado, actualmente muy discutibles también. Por lo que es necesario el desarrollo de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, a fin de estos sean aprovechados por parte de los abogados en el desarrollo de sus labores jurídicas.

Asimismo, el ciudadano como parte del proceso, tiene derecho a comprender respecto a las actuaciones y decisiones que se suscitan sean a favor o en contra. Si bien es cierto estos son asesorados por sus abogados, es necesario también que el justiciable tenga derecho a conocer lo que se pretende al demandar, así como el fundamento de dichas decisiones emitidas por el juzgador puesto que son ante ellos, en quienes recae la decisión adoptada por el juez. No obstante, conforme a lo que ya se indicó en párrafos anteriores en el proceso de divorcio por separación de hecho, tanto los jueces como los abogados necesitan la implementación y desarrollo de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, lo cual por lógica estos también serán de conocimiento por los justiciable percibiendo una realidad más clara con respecto a lo que se resuelve por los jueces sea esta favorable o desfavorable.

Respecto a las deficiencias legales que subyacen del Pleno, las mismas están referidas al contenido esencial de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, puesto que no existe un desarrollo jurídico, doctrinario y jurisprudencia al respecto, lo cual genera ciertas dudas, de su aplicación al caso en concreto; asimismo, es de precisar que, el Pleno, en su segundo párrafo del fundamento 74 establece que para la fijar la indemnización:

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

(...) se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.

Evidenciándose que solo se cita ciertos criterios establecidos en el artículo 97 del Código Civil Español.

Dichos criterios han sido considerados, inadvertidamente por la comunidad jurídica, sin ningún fundamento en su aplicación, sin desarrollo jurídico, doctrinario o jurisprudencial, ni mucho menos han sido precisados como precedente vinculante, puesto que, en su segundo considerando, el fallo declara como precedente vinculante 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, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

(...) 3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

(...) 4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse 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; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; 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 circunstancia 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.

Por último, debemos considerar necesario proponer criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, a fin de identificar y unificar conceptos, ideas y posiciones jurídicas, que nos permitan una adecuada administración de justicia.

**3.2. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE CHIMBOTE DEL PERIODO 2017-2018**

**CASUÍSTICA LOCAL**

Siguiendo con el desarrollo del presente informe, presentamos cinco sentencias emitidas por los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote entre los años 2017 y 2018, en donde se evidencia la forma cómo los jueces fijan los montos de las indemnizaciones a favor del cónyuge más perjudicado en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

En primer lugar, de las muestras recabadas tomaremos como base la sentencia del Tercer Juzgado de Familia contenida en la resolución N° 14 de fecha treinta de noviembre del dos mil diecisiete derivada del expediente N° 01287-2016-0-2501-JR-FC-03, esto por cuanto, de ella podemos extraer los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria.

**CASO N° 1**

**Sentencia de primera instancia expedida por el Tercer Juzgado de Familia seguida por Marco Antonio Cueva Jiménez contra María Elena Regalado Terán; derivado del expediente N° 01287-2016-0-2501-JR-FC-03**

Este proceso se inicia con la demanda interpuesta por Marco Antonio Cueva Jiménez, contra María Elena Regalado Terán a fin de solicitar el divorcio por la causal de separación hecho. Se alega que contrajo matrimonio civil con la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

demandada, el 09 de junio de 1993. Durante su unión conyugal procrearon un hijo de nombre Marco Eduardo Cueva Regalado que actualmente es mayor de edad y que durante su matrimonio no han adquirido ningún bien mueble ni inmueble; sostiene que ambos se encuentran separados de hecho hace 12 años, como consecuencia que el día 20.03.2003 la demandada hizo abandono de hogar de su domicilio, entablado una demanda de abandono del hogar. Refiere que posteriormente la demandada le interpuso una demanda de alimentos donde se le fijó una pensión alimenticia a favor de su hijo en el 30% de sus haberes que percibe como efectivo de la Policía Nacional del Perú.

El a quo fija como indemnización el monto de S/. 2, 000. 00. soles a favor de la demandada argumentando que:

*(...) Resulta evidente que la infidelidad, significa el irrespeto de los deberes conyugales y que impone el matrimonio, lo que no ha sido respetado por el accionante y que le ha generado afectación emocional en la accionada, conforme se ha acreditado con los informe psicológicos antes descritos, máxime que no se ha acreditado que ésta haya faltado a sus deberes conyugales, lo que sí ha ocurrido en relación al accionante; por lo que, resulta evidente que ha sido la demandada, la más perjudicada con la separación; de allí que, deberá señalarse la indemnización correspondiente (...).*

### **ANÁLISIS CRÍTICO REFLEXIVO**

Como se ha descrito en varias oportunidades, la causal de separación de hecho, está enmarcada dentro de la teoría denominada; divorcio – remedio, es decir, esta desligada de toda idea de culpabilidad. Además, que permite a cualquiera de los esposos invocar dicha causal por hecho propio (artículo 333, inciso 12 del

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Código Civil). Esto, por cuanto el fundamento del artículo 345 – A del Código Civil es salvaguardar la estabilidad económica del consorte afectado que se ve afectado por dicha separación.

En el presente caso, se toma como referencia para fijar el monto de la indemnización el quebrantamiento de los deberes conyugales, dejando en una grave afectación emocional a la demandada. Sin embargo, advertimos que esta situación no debió considerarse por cuanto no corresponde analizarlo en esta causal; no negamos el hecho de que al quebrantamiento de la relación matrimonial se generen consecuencias de este tipo, pero la presente demanda esta accionada por la causal de separación de hecho en el que se debe tener en cuenta el desequilibrio económico existente entre uno de los cónyuges en relación con el otro, pero a partir de la separación.

En palabras de Marcello (2015) para poder fijar el monto de la indemnización, se debe conocer el momento en que debe estimarse el desequilibrio económico, y este se da desde el quebrantamiento de la vida conyugal, debiendo traer la primera causa en la segunda.

Por ello, si lo que se pretende es resarcir el daño moral ocasionado, la separación de hecho no es la causal correcta, pudiendo el cónyuge que se considera agraviado ya sea por el quebrantamiento de los deberes que emanan del vínculo matrimonial, como, la vida en común, la infidelidad, los alimentos, entre otros; peticionarlo en las causales culposas que están enumeradas taxativamente en el artículo 333° inciso 1 al 10, encuadrándose la conducta que le causó agravio.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

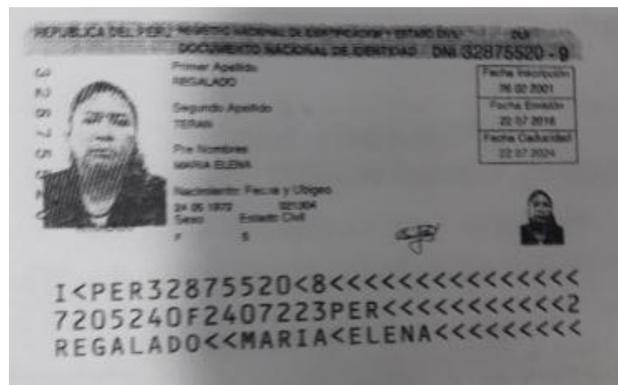
En tal sentido luego de haber expuesto las deficiencias de la presente sentencia que consideró únicamente la figura del daño moral para otorgar el monto indemnizatorio, consideramos que de la revisión del expediente podemos extraer las siguientes situaciones fácticas a ser consideradas al momento de fijar el monto indemnizatorio:

### – Edad de las partes

Como se evidencia del expediente, el demandante tiene 51 años y la demandada tiene 44 años (al momento de la interposición de la demanda).



### DNI DEL DEMANDANTE



### DNI DE LA DEMANDADA

- **Fecha de casamiento:** Se casaron el 09/06/1993, lo cual está acreditado con la partida de matrimonio anexada en la demanda.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

- **Hijos comunes:** tienen 01 hijo quien a la fecha de la separación contaba con 06 años de edad.
- **Fecha de separación:** Esta fue determinado por el juzgado en mérito a las afirmaciones contenidas en las actuaciones judiciales y escrito de las partes, lo que ayudó al juez a determinar la fecha aproximada de la separación, desde agosto de 2008.
- **Duración del matrimonio:** Fue tomada en cuenta por el juez según la partida de matrimonio y las actuaciones judiciales, determinando una duración de 15 años aproximadamente.
- **Profesión o actividad remunerativa:**
  - El demandante:** Tanto de su escrito de demanda como del Informe Social, se desprende que ocupa el cargo de policía, es bachiller en derecho y realizó estudios de educación secundaria en la Universidad Inca Garcilazo de la Vega.
  - La demandada:** Es vendedora de productos cosméticos, según consta en su Informe Social.

A fin de acreditar quien de las partes está en un evidente desequilibrio económico, es pertinente mencionar que del análisis realizado se desprende que es la demandada quien se encuentra en dicha situación, ya que es ella quien se ha dedicado únicamente al cuidado de su menor hijo quien se encontraba bajo especiales cuidados por su enfermedad, lo cual conllevó también a que se dedique a tiempo completo a su hogar; por ello tras la separación quedó en una situación desventajosa económicamente en comparación con el demandante quien pudo continuar desempeñándose como policía además de ser bachiller en

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

derecho y estudiar la carrera de educación, estando así a expensas de los ingresos económicos del demandado.

En ese sentido, la inestabilidad o diferencia que se toma en cuenta es notoria ya que ella se dedicó al cuidado exclusivo de su familia mientras hacía vida en común, encontrándose en desventaja en relación a su cónyuge que sí pudo laborar y generar ganancias. Y al no otorgársele una compensación económica iniciará su vida separada con menor posibilidades de poder alcanzar un nivel económico conforme al mantenido durante su vida en común (Vidal, 2006).

Al decir de Pizarro (2009) para cuantificar la indemnización hay que enfocarse en lo realizado durante la vida matrimonial del cónyuge requirente de esta indemnización, ya que una de las partes asume la función de llevar adelante las tareas del hogar y el cuidado de los hijos (cuando tuvieren), resignando su desarrollo personal o profesional, permitiendo el crecimiento patrimonial y profesional del otro.

De lo expuesto se concluye que la indemnización al cónyuge más débil pretende lograr una igualdad real de oportunidades entre quienes compartieron una vida en común que se ha disuelto, ocasionando que uno de los cónyuges resulte económicamente perjudicado como consecuencia de ese quiebre familiar. Por ello, enfatizamos en que no debe confundirse el resarcimiento por daños con la indemnización que emana del artículo 345 – A, pues ambas tienen finalidades distintas.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Ahora bien, para fijar el monto de la indemnización por desequilibrio económico debemos analizar en primer lugar los criterios como el **patrimonio e ingresos de los cónyuges tras el divorcio, la duración de la vida conyugal, la edad, acceso al mercado laboral o desarrollar actividad lucrativa y la eventual pérdida de los derechos previsionales**, los cuales deben servir como base para que el juez determine objetivamente la cuantía indemnizatoria.

- **Patrimonio e ingresos de los cónyuges tras el divorcio y el acceso al mercado laboral o desarrollar actividad lucrativa**

Advertimos que en el presente caso de los hechos expuestos y medios de prueba actuados en el proceso las partes no adquirieron bienes sociales; por ende, no existe liquidación de gananciales. Sin embargo, esta situación evidencia una notable inestabilidad económica para la demandada, al verse imposibilitada de sostenerse económicamente por sí misma, lo cual aumentaría al tomar en consideración que durante su vida conyugal no ha desarrollado alguna actividad lucrativa.

En este sentido, evidenciamos que el demandante es un efectivo policial que ha generado ingresos económicos por su labor como tal; por otro lado, la demandada no ha generado ningún tipo de ingresos económicos esto por cuando se dedicó al cuidado exclusivo de su hogar, así como de su menor hijo quien se encontraba en delicado estado de salud. Tras la separación de hecho la demandada dejó de percibir de forma económica ingresos para ella y su menor hijo; viéndose en la obligación de realizar denodados esfuerzos para sobresalir de dicha situación desventajosa (económica), quedando en

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

una condición no igualitaria en comparación a la situación del demandante. Siendo necesario que el criterio de ingreso de los cónyuges, sea tomada de forma objetiva para fijar la cuantía indemnizatoria, con la finalidad de atenuar de manera total o parcial aquel desequilibrio económico sufrido por la demandada, monto que de alguna u otra manera le otorgue la posibilidad de realizar alguna actividad que le permita sostenerse ya que debido a su edad 44 años le es muy difícil acceder a un puesto de trabajo, quedando únicamente destinada a buscar algún empleo esporádico o algún tipo de ventas que le permita subsistir del futuro incierto que le espera.

Esta situación fáctica consistente en la dedicación al hogar ha sido valorada en la casación N° 3999-2013 Lima, donde se advierte que una abogada no pudo desarrollar su carrera profesional por cuanto se había dedicado a cuidar a su menor hijo en común que sufría de autismo.

- **La duración de la vida conyugal**

Esto genera mayor relevancia, pues como se desprende de los hechos de la demanda y del análisis respecto a la fecha de separación realizada por la jueza, la vida en común entre ambos duró aproximadamente 15 años (se casaron en 1993 y se separaron en el 2008) generando la demandada dependencia económica dentro de su familia; además de la dedicación exclusiva a su hogar y de los cuidados de su hijo quien padecía una enfermedad, a costas muchas veces de su propia formación personal o profesional, dependiendo así económicamente de su esposo, esto es notorio, por cuanto durante la relación convivencial, el demandante era policía,

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

pudiendo inferirse que la esposa ha gozado de protección y manutención del esposo. Este criterio, tiene como fundamento que mientras más duradera sea la convivencia, mayor será la posibilidad que cualquiera de los esposos genere dependencia en la economía dentro de su familia.

Coincidimos con el profesor, Corral (2007) quien señala que, aunque la relación convivencial entre esposos sea muy importante para determinar el menoscabo, debe tomarse en consideración también la duración de la relación matrimonial. Efectivamente, a pesar de que la vida conyugal haya sido corta, pero si el matrimonio fue largo es posible que se hayan creado efectos de amparo y socorro para la esposa, cuya ausencia será necesario compensar (en cuanto a su alimentación y beneficios en salud).

Por ende, afirmamos que por dichas situaciones no pudo desenvolverse profesionalmente al no continuar con su carrera profesional (durante su vida conyugal empezó a estudiar en la universidad); si bien la demandante refiere que trabaja vendiendo productos cosméticos, de todas maneras, sus posibilidades de optimizar su estatus laboral que se vieron frustradas por la dedicación a su menor hijo, además de la falta de capacitación al no culminar su carrera.

- **La edad de la cónyuge**

Respecto a este criterio el profesor Varsi (2012) señala que la edad y el estado de salud, “a efectos de la eventual concesión de una compensación

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

por desequilibrio radica en la capacidad productiva, la fuerza de trabajo y las expectativas de rentabilidad en el tiempo” (p.668).

Así, este criterio se encuentra inmerso en el presente caso es el de edad, pues como se advierte del caso en concreto la demandada tiene 44 años de edad en la que resulta sumamente dificultoso acceder a un empleo sea en el sector público o privado, más aún si no cuenta con algún tipo de estudio que hoy en día es exigible; si bien es cierto la edad de la demandada no es tan excesiva, pero sus fuerzas ya no son las mismas impactando de manera negativa en sus condiciones de vida para poder desenvolverse. Por lo que el criterio de la edad ha de ser considerado para fijar la cuantía indemnizatoria; bajo esta lógica, mientras mayor sea la edad del cónyuge más perjudicado mayor debería ser la cuantía indemnizatoria. Así también, si esta persona no ostenta buena salud lo cual no se advierte en el caso, la cuantía indemnizatoria deberá ser más elevada con relación a la de una persona que se encuentra en buen estado de salud.

- **La eventual pérdida de los derechos previsionales**

Finalmente, el criterio de la eventual pérdida de los derechos previsionales, es manifiesta puesto que el demandante al trabajar para el Estado en una institución como la Policía Nacional del Perú desempeñando labores como efectivo policial, percibe una remuneración y un seguro que se extiende por el hecho mismo de estar casado con la demandada, quien es su esposa, así como su de su menor hijo; bajo esa lógica por mandato legal el hijo no pierde el seguro, pero la esposa si lo pierde si se expide la sentencia de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

divorcio, quedando desamparada en esa situación que a futuro le generara algunas dificultades, en las que necesitará acceder a un seguro, teniendo que ingeniárselas para acceder a una atención médica, teniendo que pagar para ello; siendo necesario asignar un monto indemnizatorio a consideración de este criterio.

En ese sentido, los profesores Barcía y Riveros (2011) afirman que este criterio puede configurarse de una forma genérica, la cual contempla, que es necesario establecer un equilibrio patrimonial de ambos cónyuges, considerando su situación y condición actual con relación a la mantenida anteriormente, para así poder planificar hacia el futuro su situación previsional.

A todo ello, la situación previsional es un criterio que se debe tener presente, por cuanto es evidentemente que el esposo que no ha realizado actividad laboral alguna sea esta técnica o profesional, o la ha realizado de manera esporádica, por dejar su vida laboral por la familiar; necesariamente ante dicha situación va a sufrir una consecuencia directa con sus aportes al sistema previsional, la cual a futuro dicha dejadez de aportar por dedicarse a las labores del hogar, podrían afectar su situación económica y previsional, constituyendo uno de los importantes y considerables perjuicios suscitados por no realizar de manera total o parcial actividad remunerada. Dicho criterio deberá ser considerado para la indemnización como una oportunidad perdida de parte de uno de los cónyuges, puesto que perdió la ocasión o la elección de obtener en su momento el derecho a una pensión.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Finalmente queremos referir que con las sentencias expedidas de los expedientes N° 01016-2015-0-2501-JR-FC-01, N° 01084-2015-0-2501-JR-FC-01, N° 02355-2017-0-2501-JR-FC-03 y N° 01223-2013-0-2501-JR-FC-02 que describiremos a continuación, demostraremos que en los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote no se fundamenta ni desarrolla de manera coherente y justificada, según los hechos expuestos en las pretensiones de las partes, los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria más allá del Tercer Pleno Casatorio, aspecto que propondremos en el posterior acápite.

### CASO N° 2

**Sentencia de primera instancia expedido por el Primer Juzgado Especializado en Familia, seguido por Luis Alberto Zapata Reyes contra Nelly Ymelda Sánchez Requejo; derivada del Expediente N° 01016-2015-0-2501-JR-FC-01**

En este caso el demandante Luis Alberto Zapata Reyes como pretensión principal solicita se declare el divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común, acumulada objetiva y originariamente con divorcio por causal de violencia familiar y divorcio por causal de separación de hecho, como pretensión accesoria solicita el cese y exoneración de alimentos, el fencimiento y liquidación de la sociedad de gananciales y la devolución del 50% de total de las rentas generadas por su bien común. Como reconvenición doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo solicita el divorcio por la causal de separación de hecho y el pago de una indemnización por la suma de S/. 50,000.00 soles; asimismo se le adjudique la parte del inmueble que le corresponde al demandado.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

No obstante, como el estudio de la presente investigación es la indemnización por la causal de separación de hecho, se analizará solo esa causal en la presente sentencia.

Respecto a la indemnización, el juez de primera instancia advierte que el consorte más perjudicado con motivo de la separación de hecho fue el demandante pues tuvo que retirarse del domicilio conyugal ante los actos de hostilidad de los que era víctima, los cuales lo afectaron emocionalmente. Y en cuanto a la demandada, advierte que luego de la separación de hecho, se quedó viviendo en el domicilio conyugal, gozando de una pensión alimenticia otorgada por el demandante, habiendo realizado diversos viajes al interior del país y al extranjero, lo que determina que la separación de hecho no la colocó en una situación de desventaja económica frente al demandante ni a su situación durante el matrimonio; por lo que declara infundada su reconvención.

### **ANÁLISIS CRÍTICO REFLEXIVO**

En esta sentencia, se observa que para otorgar la indemnización al cónyuge perjudicado toman como referencia la afectación emocional que pasó el demandante, toda vez que tuvo que retirarse del domicilio conyugal ante los actos de hostilidad de los que era víctima por parte de la demandada.

Sin embargo, podemos advertir que conforme lo ha establecido la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio Civil la naturaleza jurídica de la indemnización por la separación de hecho es de obligación legal, en donde no se analiza la culpa de uno de los cónyuges; es decir, no existe cónyuge inocente y culpable para efectos de otorgarla.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Como bien sabemos, el Tercer Pleno Casatorio no desarrolla un concepto sobre lo que es la indemnización a favor del cónyuge perjudicado. Ante ello, el profesor Alfaro (2011), conceptúa a la indemnización como una obligación legal a favor del cónyuge más perjudicado, cuando se acredite la inestabilidad económica entre las posiciones personales de los esposos, capaz de generar un perjuicio de naturaleza objetiva. De esta forma, se debe entender que lo que se busca es indemnizar al cónyuge quien se encuentra en una posición de desequilibrio económico en relación al otro, lo que implica un empeoramiento en la situación que tenía durante su matrimonio.

En Chile, Andreucci (2008) conceptúa el menoscabo económico (desequilibrio económico en nuestra legislación) como un desequilibrio o desventaja, que la compensación viene a corregir.

El menoscabo económico aparece, así como el efecto producido patrimonialmente al cónyuge por no haber podido trabajar o haberlo hecho en menor medida de lo que se quería o podía (Vidal, 2008).

De lo expuesto se concluye que la indemnización al cónyuge más débil pretende lograr una igualdad real de oportunidades entre quienes compartieron una vida en común que se ha disuelto, ocasionando que uno de los cónyuges resulte económicamente perjudicado como consecuencia de ese quiebre familiar. Por ello, enfatizamos que no debe confundirse a la indemnización por daños con la indemnización que emana del artículo 345 – A, pues ambas tienen finalidades distintas.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Entiéndase que el propósito de la indemnización por daños es restablecer a la víctima de la situación anterior al hecho dañosos. En cambio, la finalidad regulada en el artículo anteriormente citado, es corregir un desequilibrio patrimonial.

Como bien lo apunta el profesor Rómulo, citado por Torres (2016):

“el daño personal del segundo párrafo del artículo 345 – A no es el daño a persona del artículo 1985 del mismo Código, ni tampoco el daño moral, sino significa un desequilibrio económico que afecta al cónyuge perjudicado por la separación de hecho y el divorcio” (239).

Por lo que alegar la supuesta depresión de la demandante, se creería que se está ante un caso de divorcio sanción y por ende de responsabilidad civil, que no tiene nada que ver con la indemnización que estudiamos. Por ello, no es propósito del artículo 345-A resarcir por la violencia psicológica que haya sufrido una de las partes como se advierte de la sentencia. Con ello, no insinuamos que los actos de violencia generados deben quedar impunes, sino que esta causal no es la vía correcta para solicitar un resarcimiento por daños.

### CASO N° 3

**Sentencia de primera instancia expedida por el Primer Juzgado de Familia seguida por Haydee Salome Bustamante Alcántara contra Raúl Agripino Puma Quispe; derivada del Expediente N° 01084-2015-0-2501-JR-FC-01**

En el presente caso la demandante Haydee Salome Bustamante Alcántara, solicita se declare el divorcio del matrimonio contraído con don Raúl Agripino Puma Quispe, se le indemnice por la suma de S/. 100,000.00, entre otros. Refiere

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

estar separada del demandado y que la separación de hecho se produjo en agosto de 1988 y que su último domicilio conyugal fue en la ciudad de Chimbote. Alega que de su relación procrearon a sus tres hijos, quienes en la actualidad ya son mayores de edad. Agrega que el demandado contrajo matrimonio en el Cusco con su nueva pareja donde procrearon dos hijos. Refiere que, al existir bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal, solicita su división y partición, declarando el 50% de derechos y acciones para cada uno. Por último, señala que el demandado se fue del hogar dejándola con sus hijos, quienes eran muy pequeños, en completo abandono moral y material, viéndose en la obligación de interponer demanda de alimentos; siendo que el demandado se retiró de la Policía a fin de no cumplir con sus obligaciones alimentarias, teniendo que asumir sola la carga familiar, siendo padre y madre para sus hijos e inclusive decayendo en depresión por el abandono de su cónyuge.

En sentencia de primera instancia, la jueza respecto a la determinación del monto de indemnización considera que:

*“resulta evidente que luego de la separación de hecho la demandante quedó en una situación de desventaja en relación al demandado, al tener que hacerse cargo sola del cuidado y protección de sus tres menores hijos, habiendo tenido que interponer demanda de alimentos a favor de sus menores hijos y el suyo propio, lo que revela el abandono moral y material por parte del demandado, quien luego de la separación logró rehacer su vida y formar una nueva familia. Si bien del Protocolo de Pericia Psicológica antes citado se advierte que la demandante actualmente presenta reacciones de molestia de tipo situacional y pasajero ante conflicto de relación y comunicación con su ex pareja, esto no quiere decir a criterio de esta juzgadora que los hechos materia del presente*

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

*proceso no hayan comprometido gravemente el legítimo interés personal de la demandante, el cual se presume por la forma en que ocurrieron los hechos, de ahí que ante el padecimiento que se presume ha sufrido la demandante corresponde se le indemnice con una suma prudente y razonable considerando que a la fecha los hechos han sido superados, quedando tan solo una reacción de molestia de tipo situacional y pasajera; por lo que corresponde se le fije una indemnización por el daño moral causado ascendente a la suma de S/. 10,000.00 soles.”*

### **ANÁLISIS CRÍTICO REFLEXIVO**

Como se viene evidenciando, el criterio que tienen los jueces a efectos de determinar quién es el cónyuge perjudicado, así como el monto de la indemnización es la culpa, pues, del mismo se advierte que toman como referencia para determinar quién es el cónyuge perjudicado, quien de los dos esposos ha sufrido mayor maltrato psicológico por parte del otro, esto es, cónyuge culpable.

No obstante, estos fundamentos ya han sido superados, pues el Tercer Pleno Casatorio en su fundamento 50 precisa que en la referida causal de divorcio es indiferente la culpabilidad de cualquiera de los cónyuges. Debido a que dicha causal está considerada como una causal remedio, es decir no se analiza la culpa de los cónyuges, solo se verifica una determinada situación fáctica que se refleja con el resquebrajamiento de la vida conyugal.

En la Casación N° 806-2016/LIMA, a la causal de separación de hecho se le asigna el carácter objetivo, al señalar que la naturaleza de esta causal no se

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

sustenta en la existencia de un cónyuge culpable, debido a que cualquiera de los cónyuges puede invocar dicha causal.

Es más, en la legislación comparada, Ballesta, citado por Alfaro (2011), alega que en el modelo francés la finalidad de dicha causal es compensar, en la medida de lo posible, la desigualdad que la ruptura del vínculo matrimonial origina en las condiciones de ambos cónyuges, en el momento mismo del divorcio.

En tal sentido, como apreciamos el sentido del artículo 345 – A del Código Civil es velar por el equilibrio económico del cónyuge que se ve perjudicado por la separación para que posterior a ello puede generar una economía independiente de la que tenía durante el matrimonio. No siendo propósito de este artículo resarcir por el abandono moral y material que haya sufrido una de las partes al haber tenido que interponer demanda de alimentos a favor de sus menores hijos y suyo propio como lo pretende el juzgador, sino indemnizar por cuanto el divorcio provocó un desequilibrio que tuvo su origen último en cómo se desarrolló la convivencia matrimonial.

Sin embargo, el hecho de que se haya demandado alimentos a favor de uno de los cónyuges, no es óbice para identificar al cónyuge perjudicado y asignarle una indemnización; esto por cuanto la indemnización que se concede en el artículo 345-A no se otorga porque alguno de los esposos haya quebrantado el deber de asistencia mutua.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Por ende, es preciso recalcar una clara distinción entre estas dos figuras; los alimentos se caracterizan porque dependen de las variaciones de los ingresos del alimentante, a diferencia de la compensación (indemnización) en donde el monto se determinará por la vía judicial teniendo en cuenta el desequilibrio económico provocado por el divorcio en el momento de la ruptura. (Carreño, 2018)

Si bien es cierto tienen una finalidad distinta, pero sería un indicio de que se analice más la situación en que se encuentra dicha cónyuge (la que demandó alimentos), esto por el hecho de conocer quien se encuentra en mejor capacidad de afrontar económicamente dicha separación, esto, por el hecho de que, al solicitar alimentos, se analiza la situación económica de ambas partes.

Por lo tanto, debe quedar sentado que a nuestro entender el cónyuge débil es aquel que luego de verificada la disolución del vínculo matrimonial se encuentra en una posición patrimonial más débil. “Débil” entendido en que tiene mayores dificultades para poder reintegrarse al ámbito laboral y de poder mantenerse económicamente por sí solo (Troncoso, 2006). Es por ello, que “en el precepto normativo nacional encuentra su más resaltante expresión, el principio de la protección del interés del cónyuge más débil, que resultaría ser en el caso peruano el cónyuge más perjudicado” (Alfaro, 2012, p. 28).

Consideramos que el juzgador debió tener en cuenta otros criterios a efectos de identificar al cónyuge perjudicado y por ende fijar un monto indemnizatorio, como sería en este caso, advertir quién fue el cónyuge que decidió dedicarse al cuidado de la familia y el hogar abandonando su pleno desarrollo profesional o

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

laboral, así como la edad de la demandante, su estado de salud, las posibilidades de acceso al mercado laboral o el desarrollo de una actividad lucrativa y la pérdida de derechos previsionales como ocurrió en este caso. Pues no debemos de olvidar que para determinar si alguno de los cónyuges tiene derecho a recibir una indemnización, el primer paso a seguir consiste en indagar en las circunstancias del caso concreto, con el objetivo de comprobar si la ruptura produce o no desequilibrio económico compensable. (Herranz, 2015).

### CASO N° 4

**Sentencia de primera instancia expedido por el Tercer Juzgado Especializado en Familia, seguido por Alina Mercedes Silva Espinoza contra Uldarico Victor Llanos Muñoz; derivada del Expediente N° 02355-2017-0-2501-JR-FC-03**

Este proceso se instaura por la demandante Alina Mercedes Silva Espinoza, contra Uldarico Victor Llanos Muñoz a efectos de declarar el divorcio y subsecuente disolución del vínculo matrimonial por la causal de separación de hecho. La demandante acredita que estuvo casada con el demandado desde el 28 de mayo de 2011, procreando a sus dos menores hijas, y que debido a la incompatibilidad de caracteres deciden separarse en el mes de febrero del año 2012, cuando apenas contaba con dos meses de embarazo. Agrega que el demandado no volvió y por ello tuvo que demandar en agosto del 2013 alimentos. Sostiene que, si bien no cuenta con documento idóneo que acredite el daño causado por la separación, sin embargo, debe tenerse en cuenta el daño moral causado a su persona y a sus hijas pues el demandado no las visita ni mucho menos cumple con las pensiones alimenticias.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

El *a quo*, en su sentencia a fin de acreditar al cónyuge perjudicado y fijar la cuantía indemnizatoria toma como referencia lo señalado en el escrito de la demanda, donde la demandante solicita se le indemnice con una reparación civil de S/ 5 000.00 soles, por todo el daño moral causado a su persona y sus hijas. En tal sentido, a fin de desarrollar su fundamento argumenta que: *“respecto al daño moral, podemos indicar que este produce pena, dolo, sufrimiento, y con frecuencia es transitorio. Cabe por tanto que estado de ánimo se mitigue o desaparezca con el tiempo”*. Sostiene que el caso en concreto es respecto al daño al proyecto de vida en común, y lo define como *“un daño de gran magnitud que afecta la manera en la que el sujeto ha decidido vivir, es decir, trunca el destino de la persona, haciéndole perder el sentido de su existencia como persona*. Cita el artículo 1969° del Código Civil para resaltar que el daño contraviene el principio *alterum nom laedere* y por tanto se tiene la obligación de repararlo y al profesor Fernández Sessarego a fin de definir ambas figuras. Y continúa:

*“En efecto, este tipo de daño acompaña a la persona durante toda su vida, porque afecta de manera radical su “ser” **debemos precisar que el pleno casatorio, señala que el daño al proyecto de vida matrimonial se considera indemnizable siempre y cuando exista un nexo causal entre los perjuicios sufridos y el divorcio en sí**”*. (negrita nuestra) A su vez considera que luego de practicarse la pericia psicológica a la demandante conjuntamente con sus dos hijas, le permite inferir que como consecuencia de la separación *“el perjuicio económico ocasionado al asumir sola la manutención de sus hijas a fin de mantener el nivel de vida que venía disfrutando durante el matrimonio, aunado a ello si bien no se acreditado la afectación emocional en la actualidad, no es menos cierto que a la fecha de la separación la demandante tuvo que atravesar*

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

*no solo el hecho de la interrupción del proyecto de vida matrimonial si no frente al detrimento, como el honor, prestigio, consideración social (...). Lo que le permite colegir que a su criterio es la demandante la cónyuge perjudicada indemnizándola con el monto de S/. 5 000.00 (monto del petitorio).*

### **ANÁLISIS CRÍTICO REFLEXIVO**

En esta sentencia observamos que el criterio para otorgar una indemnización a favor del cónyuge perjudicado se basa en el daño moral, sufrimiento pena y dolor provocado en contra de la demandante y su hija. Cita la juez el artículo 1969<sup>a</sup> del Código Civil, así como las definiciones dadas por el maestro Fernandez Sessarego a fin de definir el daño al proyecto de vida en común y daño moral.

No obstante, como hemos venido afirmando a lo largo de la presente investigación la naturaleza jurídica de la indemnización por la causal de separación es de obligación legal, donde no se analiza el dolo o la culpa ocasionada por uno de los cónyuges, es decir, no analizamos los supuestos de responsabilidad civil para establecer un resarcimiento por el daño moral producido.

En tal sentido, respecto al daño del proyecto de vida matrimonial consideramos que no es un supuesto de daño moral, por cuanto lo esencial del matrimonio es la libre unión de dos personas; en tal sentido tal proyecto es pasible de truncarse de manera legítima, sin desmerecer que se pueda indemnizar por otro tipo de daños que resulten. A decir de Carreón (2012) si el cónyuge (inocente) ha irrumpido su proyecto matrimonial, el cual no ha sido posible mantenerlo por la conducta de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

uno o de ambos cónyuges; no se podría bajo esta última hipótesis, cargarle al otro al cónyuge el pago de la indemnización por daños, por impedir el desarrollo de ese proyecto. De esta forma, el daño al proyecto de vida se ha ocasionado o repercute en la libertad de la persona, quien se ha propuesto diseñar un porvenir en merito a su libertad el cual lo pone en práctica antes que ocurra el daño; caso contrario, en el divorcio por separación de hecho, si el cónyuge no ha empezado o desarrollado una relación con tercera persona, es porque así lo ha decidido de forma libre no iniciarla, por lo que a raíz de ello no implica o se puede presumir que se le haya dañado su proyecto de vida.

Reforzando nuestro análisis, citamos el fundamento 70 del Tercer Pleno al precisar lo siguiente:

“(…) **la aplicación del concepto de proyecto de vida** –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial- **a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible**, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, (…) Además, **para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades**, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo (…)”  
(subrayado y negrita nuestro)

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

En cuanto a la reparación del daño moral si bien es cierto en el derecho de familia se le otorga una protección, conforme lo establecido en el artículo 351ª del Código Civil, debe entenderse en el sentido de que dicha reparación ocasionado al cónyuge no culpable (inocente), en los supuestos normativos que encierra el tipo de divorcio-sanción, solamente se considerara amparable cuando los daños han sido causados por conductas atribuibles, a título de dolo o culpa, en uno de los cónyuges, en otras palabras, el o la cónyuge culpable del divorcio; no ocurriendo la misma situación en el divorcio remedio, en donde se encuentra la causal de separación de hecho.

Coincidimos con el profesor Alfaro (2012), cuando refiere que el artículo 345-A del Código Civil no concierne a un supuesto de responsabilidad civil, dado que, no se evidencia el elemento de la antijuridicidad o la imputación de una conducta sea a título de dolo o culpa atribuida a uno de los cónyuges; no estimando considerar la figura del daño. En ese sentido bajo el análisis del derecho comparado, no es válido afirmar bajo algún argumento que el cónyuge más débil (perjudicado) en la separación de hecho haya sido víctima de un daño. Menos, sería correcto afirmar que el autor de ese menoscabo o “daño”, entendido como desequilibrio económico, sea el “cónyuge deudor”.

Por consiguiente, los argumentos vertidos por el juzgador no deberían ser tomados en cuenta, por cuanto el mismo Pleno Casatorio, señala que el proyecto de vida matrimonial resulta muy discutible no habiendo una base objetiva de referencia para su cuantificación puesto que se basa en gran parte en probabilidades. Asimismo, no debería alegarse el daño moral por cuanto dicha figura está enmarcada en los supuestos de responsabilidad civil, al analizarse el

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

dolo y la culpa de uno de los cónyuges. Lo que debió haber analizado la juez era la edad que tenía la cónyuge, su estado de salud, las posibilidades de acceso al mercado laboral, así como la duración de la relación conyugal a efectos de determinar la inestabilidad económica del consorte afectado que se ve afectado por dicha separación.

### CASO N° 5

**Sentencia de primera instancia expedido por el Primer Juzgado Especializado en Familia, seguido por Elizabeth Judith Morales Pelaez contra Luis Alberto Valverde Vernaza; derivada del Expediente N° 01223-2013-0-2501-JR-FC-02**

En este caso la demandante solicita el divorcio por la causal de separación de hecho, así como que se le indemnice con el monto de S/. 8 000.00 soles al ser la cónyuge perjudicada. Refiere que estaba casada desde el 20 de mayo de 1983 hasta el año 1997 aproximadamente en que el demandado viajó al extranjero dejándolas en completo desamparo junto con sus tres menores hijas. Agrega que no solicitó pensión alimenticia para ella ni sus menores, renunciando a dicho derecho.

La jueza de primera instancia alega que resulta evidente que ante la separación de hecho fue ella quien asumió la tenencia y custodia de sus hijas menores de edad, habiéndose dedicado a su hogar, a diferencia del demandado quien por encontrarse en el extranjero dejó de brindar cuidados y protección a sus menores hijas; por lo expuesto si bien la demandante no ha acreditado sufrir afectación emocional con motivo de la separación de hecho, corresponde se le considere

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

como cónyuge perjudicada y se ordene al demandado le haga pago de una indemnización por la suma de S/. 1,000.00 soles.

### ANÁLISIS CRÍTICO REFLEXIVO

Después de haber analizado las sentencias antes descritas evidenciamos que los jueces de primera instancia a fin de acreditar y fijar un monto indemnizatorio a favor de cónyuge perjudicado, toman en cuenta algunas situaciones o circunstancias que emanan de los hechos de las demandas que los llevan a intuir la existencia del daño moral, atribuyendo para ello la culpabilidad en algunas de las partes. Como advertimos cada una de ellas brinda su versión respecto a quién es el presunto culpable, apartándose del concepto de estabilidad económica.

La indemnización comprendida en el artículo 345 A- del CC tal y como ha quedado establecida en el Tercer Pleno Casatorio, es de obligación legal, es decir, tiene una naturaleza propia, cuyo objeto es corregir el desequilibrio económico que de acuerdo a las circunstancias específica pudiera producirse (Alfaro, 2011).

En sentido parecido el profesor Vidal (2008), comparte el mismo criterio al referir que: “La compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia pues constituye una obligación legal impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro con la finalidad de corregir, por medio de una prestación pecuniaria, un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil” (p. 437).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Debemos ser enfáticos que, para fijar la indemnización como exige el artículo 345-A del código civil, el juez debe identificar quién de los cónyuges se encuentra en mayor desventaja económica tras la separación. En ese sentido, no se analiza el daño a la persona u otro tipo de daño derivado de este, ya que si hablamos de culpa esta debe ser sustentada de conformidad a los elementos de la responsabilidad civil, figura jurídica ajena a la separación de hecho.

Esto debido a que dicha causal está considerada como una causal remedio, es decir, no se analiza la culpa o dolo de los cónyuges, solo se verifica una determinada situación fáctica que se refleja con el resquebrajamiento de la vida conyugal.

Por ello, no es propósito del presente artículo resarcir por la violencia física, psicológica o el abandono del hogar que haya sufrido una de las partes como lo pretenden los juzgadores. Con ello, no insinuamos que los actos de violencia o incumplimiento de deberes conyugales generados en el seno familiar deben quedar impunes, sino que esta causal no es la vía correcta para solicitar un resarcimiento por daños.

Por lo tanto, debe quedar sentado que a nuestro entender el cónyuge débil es aquel que luego de constatado el término de la relación matrimonial se halla en una posición patrimonial más débil. Pero debiéndose entender el término “Débil” en que posee grandes dificultades para poder reintegrarse al ámbito laboral y también de proveerse por sí mismo económicamente (Troncoso, 2006). Es por ello, que “en el precepto normativo nacional encuentra su más resaltante

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

expresión, el principio de la protección del interés del cónyuge más débil, que resultaría ser en el caso peruano el cónyuge más perjudicado” (Alfaro, 2012, p. 28).

Si bien es cierto, como lo hemos desarrollado anteriormente la indemnización surge a fin de proteger al consorte más débil que al momento de la ruptura de su relación conyugal se queda en una situación de inestabilidad económica. En tal sentido, entiéndase al daño generado por la ruptura, como el desequilibrio económico sufrido por uno de los esposos, a comparación del otro quien sí desarrolló una actividad lucrativa. Además, de encontrarse en una posición de desventaja en cuanto a las dificultades atravesadas para poder subsistir con sus propios medios, dado los inconvenientes que conllevará para él/ella su inclusión al mercado laboral, considerando además la edad, el cuidado de los hijos menores (o alguna discapacidad) y los años sin ejercer una profesión.

En ese sentido, el menoscabo económico (desequilibrio económico) aparece como la consecuencia causada patrimonialmente al consorte al no haber podido laborar o haberlo realizado en menor proporción de lo que pudo haber logrado (Domínguez citado por Lepin, 2008).

Así lo define también el profesor Maturana al señalar que la compensación económica es la indemnización al que tiene derecho el consorte al declararse el divorcio, por el detrimento económico atravesado producto de una dedicación exclusiva al cuidado de sus hijos en común o a las actividades propias de su hogar, lo cual le impidió realizar un trabajo remunerado o lucrativo cuando

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

estaba en vigencia su matrimonio o haberlo realizado en menor medida (citado por Valdivia, 2013).

Sin embargo, a pesar de que ha quedado establecido que la naturaleza jurídica de la indemnización materia de estudio es de carácter obligacional. Aún se sigue analizando el daño ocasionado por el supuesto cónyuge culpable. Evidenciándose que aún existe un arraigo por parte de los jueces en aplicar la responsabilidad civil.

Consideramos que este hecho, nace a raíz de que en el segundo párrafo del artículo 345 – A refiere textualmente que: se ordenará una “indemnización por daños, incluyendo el daño personal”. Por ello, haremos unas distinciones.

Como lo ha comentado la autora Zapata citada por Alfaro (2011), que si bien la indemnización en la separación de hecho, tiene la denominación de “indemnización por daño” no podrá ser definida en estricto de esa forma, ya que los daños producidos como resultado de la separación de hecho no precisamente pertenecen a una conducta antijurídica y de culpabilidad pues esto sería igual que alegar que la institución del matrimonio es una actividad riesgosa.

Asimismo, como apunta Cornejo el menoscabo económico de la compensación económica no se define como un daño, sino como un desequilibrio o disparidad entre los consortes que involucra un empeoramiento de la situación de uno de ellos hacia el futuro (Torres, 2016).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

La autora Beltrán considera que los daños que comúnmente se peticionan en los procesos de separación de hecho son el daño psíquico, el daño al honor, el daño a los sentimientos y el daño al proyecto de vida (citada por Calisaya, 2016).

Y esto lo advertimos en la sentencia expedida en el Expediente N° 02355-2017-0-2501-JR-FC-03 del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Santa, en donde se le otorga una indemnización de S/ 5, 000.00 soles a favor de la demandante alegando el detrimento, como el honor, prestigio y consideración social a causa del divorcio, para lo cual el *a quo* cita al maestro Fernandez Sessarego, quien define dicha figura. Incluso afirma que el presente caso es respecto al daño del proyecto de vida en común y que el Pleno Casatorio le otorga el carácter de indemnizable pero siempre que exista un nexo causal entre los perjuicios sufridos y el divorcio en sí. Ante ello, es conveniente reproducir, el fundamento 70 del Pleno Casatorio Civil, donde a todas luces se descarta el daño al proyecto de vida y por ende al proyecto de vida matrimonial:

“la aplicación del concepto de proyecto de vida - y por extensión el de proyecto de vida matrimonial - a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo”.

En consecuencia, no es correcto tomar como referencia para otorgar una indemnización el daño al proyecto de vida en común, ni como indemnización ni resarcimiento. Más aún alegar como se señala el detrimento a su honor y consideración social, es alegar que por el hecho de estar casado implica tener un *statu quo* en sociedad, que conlleva a señalar el sometimiento de uno de los cónyuges hacia el otro.

Por otro lado, del análisis de las sentencias a efectos de otorgar un monto indemnizatorio también se tiene en cuenta la demanda de alimentos entablada en contra de uno de los cónyuges. Sin embargo, el hecho de que se haya demandado alimentos, no es óbice para identificar al cónyuge perjudicado y asignarle una indemnización. Por cuanto la indemnización que se concede en el artículo 345-A del C.C no se otorga porque alguno de los esposos haya quebrantado el deber de asistencia mutua. Además, es preciso recalcar una clara distinción entre estas dos figuras; los alimentos se caracterizan porque dependen de las variaciones de los ingresos del alimentante, a diferencia de la compensación (indemnización) en donde el monto se determinará por la vía judicial teniendo en cuenta el desequilibrio económico provocado por el divorcio en el momento de la ruptura (Carreño, 2018).

En conclusión, pudimos advertir que el principal problema que deducimos de las sentencias de los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote, es que la mayoría de ellas trata de encuadrar la indemnización en el daño moral que sufrió

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

uno de los cónyuges. Más no el tema económico. Básicamente, lo que se verifica en estos casos, a efectos de establecer el monto indemnizatorio, es conocer quién motivó la separación, es decir, reconocer al cónyuge culpable (aunque no se diga expresamente) y a partir de ello verificar si cumplió o no con los deberes recíprocos (fidelidad y asistencia).

Notamos que los argumentos de las sentencias no cumplen con el fin de la indemnización en la separación de hecho, esto es, velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado.

### **3.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00782-2013-PA/TC**

#### **¿contiene criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización?**

Mediante sentencia vinculante recaía en el Exp. N° 00782-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que al no haber la parte beneficiada – esto es el cónyuge perjudicado – alegado algún acto dañoso en su perjuicio sin que exista ningún medio probatorio, más aún si nunca se apersonó al proceso, no es procedente que se otorgue un monto indemnizatorio.

Más aún señala el Tribunal que se contraviene el principio de congruencia procesal si no existe identidad táctica entre lo alegado por las partes en el proceso y lo concedido por el juzgador.

## **“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Como lo explica el doctor Aguilar (2015), el Tribunal Constitucional adiciona un elemento no previsto, esto es, no es procedente tampoco la indemnización cuando la supuesta parte perjudicada nunca se apersonó al juicio. Así continúa, que esta sentencia complementó lo dispuesto en el Tercer Pleno Casatorio; por lo tanto, no se debe establecer el pago de una indemnización si el cónyuge que se presume agraviado no ha expresado un interés personal y menos económico dentro del proceso.

Por consiguiente, de lo expuesto podemos notar que lo que se pretende en esta sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, es cuándo procede la indemnización, en qué supuestos es posible otorgarla, más no fija criterios que contribuyan a cuantificar la indemnización.

### **3.3. PROPUESTA DE CRITERIOS PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA A FAVOR DEL CÓNYUGE MÁS PERJUDICADO POR LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL PERÚ**

Luego de hacer una breve referencia sobre las deficiencias del Tercer Pleno respecto al desarrollo de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria e identificar como la falta de dicho desarrollo influye en la práctica judicial, advertimos que estos no han sido desarrollados ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia ni mucho menos desarrollado por el citado Pleno, existiendo una sola remisión del mismo al artículo 97 del Código Civil de España sin haber un estudio al respecto.

En este contexto señalamos acertada la posición del Tercer Pleno Casatorio al establecer la naturaleza de la indemnización en la causal de separación de hecho

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

como obligación legal. Sin embargo, como hemos mencionado en el desarrollo del capítulo anterior, aún existe por parte de los jueces y una mayoría doctrinaria incoherencias en la interpretación de la citada indemnización, esto por cuanto, no desarrollan criterios con el fin de fijar el monto indemnizatorio.

Es pertinente aclarar que los criterios que se abordarán a continuación no son taxativos; la realidad es variante, pero los mismos podrían servir de referente para fijar la cuantía indemnizatoria en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, todo ello desligado de la culpabilidad de cualquiera de los cónyuges, aspecto que, hasta la actualidad, siguen aplicando los jueces al momento de sentenciar en este tipo de procesos.

### **3.3.1. PATRIMONIO E INGRESOS DE LOS CÓNYUGES POSTERIOR AL DIVORCIO**

España, Chile y Francia, son tres de los ordenamientos jurídicos que estudiaremos con mayor detenimiento a lo largo del presente trabajo pues estos guardan relación en sus códigos civiles respecto a la necesidad de comparar quién con la ruptura ha sufrido mayor perjuicio económico.

Cuando nos referimos a la posición económica de los cónyuges al momento de la ruptura de su convivencia, consideramos que este criterio debería ser el principal para fijarse el monto de la indemnización. En tal sentido haremos las siguientes precisiones.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

En el Perú se regula dos regímenes patrimoniales establecidos en los artículos 301 al 331 del Código Civil, los cuales son: la sociedad de gananciales y la separación de bienes.

En efecto, el artículo 295° del Código Civil, refiere que los venideros esposos pueden elegir libremente ya sea por la sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios el cual regirá su vida conyugal. En lo que atañe al régimen de sociedad de gananciales podemos mencionar que comprende toda contribución económica que realizan ambos cónyuges a su hogar, esto quiere decir, que ambos esposos asumen los mismos derechos y obligaciones de su masa de bienes. Distinguiéndose de los mismos a los bienes propios y los comunes.

En cambio, el régimen de separación de patrimonios está referido a que cada cónyuge va a tener la titularidad de los bienes que ha adquirido antes y durante la vigencia de su matrimonio, asumiendo las deudas que pueda generar, así como los frutos que obtiene de los mismos.

En este contexto, es conveniente distinguir, que el tema de la indemnización económica se introduce en nuestro país como una consecuencia del divorcio, donde no tiene que confundirse con el régimen patrimonial que emana del matrimonio.

La determinación del patrimonio de cada esposo luego del divorcio y la comparación póstuma que se hará de él va a permitir distinguir si existe una

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

diferencia visible en los dos patrimonios y mostrará quien tendrá un desequilibrio económico notorio en su nivel de vida en comparación con la situación que disfrutaba durante su relación matrimonial.

En tal sentido, en la Sentencia N.º 616/2015 del Tribunal Supremo de España, al momento de conceder la pensión compensatoria se argumentó que no bastaba solamente tomar en consideración la disparidad entre los patrimonios de los esposos, sino que también es imprescindible tomar en cuenta las características convivenciales entre ellos, los cuales guardan relación con los derechos y deberes que emanen del divorcio, así como la dedicación a su hogar o el desarrollo de alguna actividad remunerada antes de que se origine la ruptura de su matrimonio. Por tanto, se concluyó que, si bien ambos esposos cuentan con trabajos independientes, esto no es óbice para que se pueda otorgar una pensión, independientemente de si quien lo solicita sea varón o mujer (Mateo, 2016).

La procedencia de la indemnización se tiene que dar en ambos regímenes patrimoniales al que ambos esposos están sujetos. Al referirnos a la sociedad de gananciales, luego de la ruptura, pueden existir bienes que serán divididos por ambas partes; sin embargo, acaecido esto, dicha partición puede ser escasa o no puede producir liquidez. Con esta situación se evidenciaría una notable inestabilidad económica para uno de los esposos, donde se vería imposibilitado a sostenerse económicamente por sí mismo, lo cual aumentaría si tomamos en consideración que durante su vida conyugal no ha desarrollado alguna actividad remunerada.

De otro lado, si es que ambos esposos estuvieran bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, ya sea por voluntad de uno de ellos, sería más evidente este desequilibrio económico para el cónyuge que no se desarrolló en alguna actividad económica durante el matrimonio y por tanto no aumentó su patrimonio, al dedicarse, por ejemplo, a su familia y al cuidado de hijos en común.

La relación del presente criterio con respecto a que proceda la indemnización que hemos abordado ha sido un tema que no ha tenido consenso en la doctrina chilena, por ello, como lo señala Barcía y Rivero (2011), algunos consideran si es que debe proceder la “compensación económica” cuando existe gananciales que tienen que ser repartidos entre los consortes, como ocurre tanto en el régimen de gananciales y el de participación en las gananciales. Además, expresa que existen tres posiciones; la doctrina mayoritaria considera que esta figura está aislada del régimen patrimonial del matrimonio; por contrario, para otros no es procedente si es que existe una sociedad conyugal o participación de gananciales. Otros autores abordan una tercera posición, referido a que el juzgador debe valorar si es que la cantidad que corresponde por gananciales, teniendo en cuenta las reglas a efectos de otorgar la indemnización, la prescinde.

Los escritores mencionados consideran que en caso de que existan gananciales el juzgador está en la obligación de equiparar los patrimonios de ambos esposos, dejando de lado el tema de la compensación económica;

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

pues al repartirse las gananciales obtenidas del matrimonio a cada esposo se le otorgará lo que le corresponde respecto de ella.

Por otro lado, cabe la posibilidad (ocurre mayormente) que al término de su relación matrimonial ambos esposos vean disminuidas sus posibilidades económicas, sin embargo, podría suceder que dicha situación afecte solo a uno.

Este criterio propuesto, debe servir como base para que el juez determine objetivamente la inestabilidad económica entre los esposos, al realizar un balance entre los patrimonios de los consortes después de disolverse el matrimonio. En efecto la situación económica en que se encuentren ambos, debe ser analizada para que se determine quién de los dos resultó más perjudicado por el fin de su vida conyugal y tiene derecho a una indemnización.

El profesor Varsi (2012) haciendo un análisis de la legislación española, indica que la disparidad entre los patrimonios de cada uno de los cónyuges resultante de la crisis matrimonial, sería uno de los presupuestos a efectos de otorgarse la compensación económica (indemnización en nuestra legislación).

También es importante recalcar el estado laboral en que se hallan los esposos durante el matrimonio y después de su disolución. Pues, se demostraría que uno de ellos sería el más perjudicado si es que a pesar de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

que por ejemplo ambos trabajen, uno lo haga solo por horas, ya que debe dedicarse al cuidado de sus hijos y a su hogar y el otro esposo que trabaje a tiempo completo y obtenga más retribución económica por ello.

En tal sentido, si luego de disuelto el vínculo matrimonial se advierte que ambos consortes han trabajado durante todo el matrimonio y su situación es la misma o poseen bienes e ingresos propios y que son suficientes para poder tener el mismo nivel de vida que tenía durante su vida en común, no debería proceder la indemnización ya que la mera diferencia económica no siempre se debe asociar a la existencia de un deterioro por una de las partes, debiéndose analizar otros aspectos como la duración del matrimonio, pues si esta fue corta, no hablaríamos de un desequilibrio notorio, pues dicho desequilibrio puede ser superado en poco tiempo.

Esta interpretación, tiene sustento en España, pues el Tribunal Supremo, en su sentencia 1637/2009, expone como idea principal que para otorgarse la prestación económica no hay la necesidad de que se acredite que existe un detrimento económico en relación a la tenida durante el matrimonio, pues puede darse el caso que el cónyuge que resulte menos favorecido con la disolución de su relación puede ser indemnizado independientemente si éste tiene medios para mantenerse por sí mismo, bastando solo probar la desigualdad en comparación a la situación económica que disfrutaba mientras estaba vigente su matrimonio.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Sería posible también que la diferencia objetiva del patrimonio se haya producido antes del matrimonio y, por lo tanto, no se base en el matrimonio, pudiéndose excluirse la indemnización.

Por lo sustentado, es pertinente anotar la distinción que se hace en España respecto a la tesis objetiva y subjetiva a efectos de establecer la inestabilidad económica. En cuanto a la tesis objetiva, Ferrer (2014) indica que se debe considerar para determinar el desequilibrio económico, la comparación de dos condiciones económicas cuantificables. Por el contrario, el profesor Varsi (2012) hace referencia también a la tesis subjetiva, alegando que no solo se tomará en cuenta la diferencia patrimonial entre uno u otro cónyuge, sino también otros factores subjetivos, personales que emanan del vínculo matrimonial. Siendo esta teoría la mayormente aceptada por la jurisprudencia en España.

En Chile, en el artículo 62 de la NLMC por ejemplo la diferencia de la situación patrimonial entre los consortes dará lugar a que el juez pondere los bienes que poseen, así como su valor.

En Francia, del artículo 272 de su Código Civil se desprende que al determinar la estimación respecto al desequilibrio esta debe realizarse en función a los patrimonios de los cónyuges, tanto en capital como en renta.

En este ordenamiento jurídico la sola distinción de sueldos entre los cónyuges no da lugar a conceder de forma automática el derecho de recibir

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

una prestación compensatoria. A decir de Daudé (2013), la diferencia entre los ingresos de los esposos no es suficiente para la concesión del mismo.

Para entender ello, mencionamos la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación en Francia (del 26 de octubre del 2010 – N.º 10-25.659) en la cual se estableció que no era necesario compensar una diferencia en la remuneración de los esposos pues esta disparidad era existente antes del matrimonio y por tanto no se debe a una elección realizada en interés de la familia.

Resulta, de lo expuesto, coincidimos en que este criterio sería el principal para fijar la indemnización por desequilibrio económico acaecido por el divorcio.

### **3.3.2. DURACIÓN DE LA RELACIÓN CONYUGAL**

La duración de la convivencia conyugal, así como la del matrimonio son factores que permitirán medir la trascendencia de la dedicación por parte de uno de los cónyuges en la vida familiar para así fijar un monto indemnizatorio.

Este criterio, tiene como fundamento que mientras más duradera sea la convivencia, mayor será la posibilidad que uno de los esposos genere dependencia en la economía dentro de su familia. En cambio, si menor es ésta, fácilmente el cónyuge más perjudicado podrá reponerse.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Hay que hacer una breve distinción respecto a la convivencia en sí y la duración del matrimonio, en tal sentido, la duración de la convivencia será un factor determinante en la medida que ayudará a medir la trascendencia de la dedicación pasada en la familia, lo cual puede generar una mayor dependencia económica por parte de uno de los cónyuges que el matrimonio por sí mismo.

Esto se da en los casos cuando la relación matrimonial puede durar muchos años; sin embargo, si la duración de la vida conyugal es muy corta, es más probable que el esposo(a) perjudicado - si es que existe - se restablezca a las decisiones que adoptó durante su matrimonio.

En España, este criterio considera tanto la duración de la convivencia (antes del matrimonio) y del matrimonio.

En la sentencia N° 713/2015 del Tribunal Supremo de España se resalta que en los casos de convivencia unión de hecho (*more uxorio*) seguida de matrimonio sin que deseen continuar con su vida en común, se podrá tener en cuenta dicha convivencia que precede a efectos de decidir acerca de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código Civil, como producto de la disolución de la convivencia matrimonial.

Así también, está recogido en la sentencia 657/2016 del 10/11/2016 del Tribunal Supremo. En este caso, el matrimonio había tenido una duración de 16 años, más los 15 años que habían convivido antes de contraer matrimonio a efectos de que se tome en cuenta al momento de establecer la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

pensión compensatoria. En dicha sentencia, tomando como base la doctrina y otros argumentos señaló que en los casos de convivencia more uxorio y posterior a ella el matrimonio sin que medie acuerdo para continuar con su relación, podrá tomarse en cuenta dicha convivencia que precede para que se otorgue una pensión compensatoria. Fue tomando en cuenta todos los años de convivencia anterior y posterior al matrimonio, además de considerar que la cónyuge no había desarrollado alguna actividad económica, pues solo se dedicó a cuidar a sus hijos y familia, esto aunado a criterios como su edad, se determinó que dicha pensión sería indefinida.

No obstante, es necesario precisar que, en nuestro ordenamiento jurídico, la indemnización a favor del consorte más débil es producto del matrimonio, más no de la unión de hecho, supuesto regulado en el artículo 345- A del Código Civil.

Para efectos de establecer en qué momento se tiene que valorar el desequilibrio económico del artículo antes citado, se indica que el juzgador velará por la estabilidad del cónyuge que resulte afectado por la “separación de hecho”, del cual se desprende, que el momento a efectos de valorar dicho desequilibrio es, en el proceso de divorcio.

A lo largo de la vida en común, es habitual que entre los cónyuges se distribuyan los roles en el matrimonio que, como bien conocemos de los antecedentes a la igualdad de los derechos entre varón y mujer, aún existe un marcado sesgo de género. Pero, aunque este no sea el supuesto, la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

convivencia origina marcados vínculos de interdependencia, cuyo quebrantamiento puede ocasionar consecuencias entre los cónyuges.

Así, mientras más larga haya sido la duración convivencial, existirán mayores razones en las cuales uno de los consortes se haya dedicado exclusivamente, o por lo menos, mayormente, a la familia, a costa muchas veces de su propia formación ya sea personal o profesional u otra circunstancia, dependiendo así económicamente del otro.

Por ello, cuanto mayor haya sido la duración de la convivencia, se puede determinar que mayor habrá sido la dedicación que uno de los cónyuges haya realizado a favor de su familia, y mayor la edad que uno o ambos cónyuges tenga, así como al acceso del mercado laboral. Aunado a ello, será el juez quien deberá tener en cuenta dichos factores a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria.

Si, por el contrario, la duración de la convivencia fue menor, entonces las contribuciones que se generan en el ámbito familiar también serán menores y no existirán motivos para considerar un deterioro más amplio.

Por estos motivos, el juez debería tener en cuenta al momento de fijar la cuantía indemnizatoria, el principio de inmediatez, no siendo admisible la otorgación de indemnizaciones cuando los esposos estén separado durante largos años (y pidan el divorcio después de que cada uno por ejemplo ya este conviviendo con otra persona, o haya realizado trabajos que le generen grandes ganancias).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

La jurisprudencia española ha señalado que un breve periodo de convivencia no ocasiona un desequilibrio económico. Por ejemplo, en una Audiencia de la Provincia de Lugo, dictaminada el 30 de noviembre de 1993, señaló que no es procedente la pensión compensatoria cuando la convivencia en común haya sido de pocos años y el desequilibrio haya aparecido entre los esposos, posterior al matrimonio.

En tal sentido, Corral (2007) señala que, aunque la relación convivencial entre esposos sea muy importante para determinar el menoscabo, debe tomarse en consideración también la duración de la relación matrimonial. Efectivamente, a pesar de que la vida conyugal haya sido corta, pero si su matrimonio fue largo es posible que se hayan suscitado efectos de protección y ayuda para cualquiera de los esposos, cuya ausencia será precisamente compensarla (en cuanto a su alimentación y beneficios en salud).

Tanto en la legislación chilena como en nuestro país, no consideramos que debería comprenderse el tiempo de convivencia antes del matrimonio, pues la indemnización en la causal de separación de hecho – en nuestro sistema jurídico – es consecuencia del divorcio.

Como lo plantea el profesor Lepin (2008) no es admisible compensar el menoscabo que se origina solo por la convivencia antes del matrimonio, sin importar la duración de esta; sino la duración de la vida conyugal. En base a

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

ello, se determinará si la compensación debe ser mayor o menor, esto por cuanto más sea la duración de la vida en común mayor será el menoscabo.

De lo expuesto, este criterio también sirve para que el juez determine en qué momento se debe verificar si existe menoscabo por parte de los cónyuges, es decir, se plantean dos situaciones: uno en cuanto al periodo en que estuvieron casados y la segunda en cuanto al periodo en que convivieron juntos (criterios para establecer el menoscabo y fijar el monto indemnizatorio).

No cabe duda, que este criterio tiene que ser analizado por el juzgador en comparación a los otros, como la edad, la condición patrimonial o previsional, porque analizándolo solo, no sería posible que se configure un menoscabo remediable.

### **3.3.3. POSIBILIDADES DE ACCESO AL MERCADO LABORAL O DESARROLLO DE ACTIVIDAD LUCRATIVA**

Este aspecto es importante para fijar la cuantía indemnizatoria, dado que incide notablemente en el desequilibrio económico. Tener como referente la cualificación profesional del consorte que peticiona la indemnización es notable pues toma como idea, por ejemplo, cuánto es lo que dejó de recibir por dedicarse al cuidado de los hijos y a su hogar.

Principalmente la figura materna es quien tiene esa dedicación exclusiva para con los hijos y su hogar. Esto guarda relación, pues como sabemos la figura de la mujer en el Perú estaba reservada para el espacio doméstico o

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

para el ámbito religioso. Los conocimientos académicos estaban fuera de su alcance (Loayza, 2006).

Actualmente aún es notoria la desigualdad en los ingresos, la precariedad en los empleos, así como el no reconocimiento del trabajo familiar. Es por esta razón, que la mayoría de mujeres se ha dedicado al exclusivo cuidado de sus familias, dejando de lado algunas los estudios o los trabajos en que se desempeñaban.

De esta forma en la sentencia de España recaída en el recurso: 444/2006 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 20 de julio de 2006, se resaltó:

Es verdad que no está probado que el marido le prohibiera trabajar, pero aún si fue una opción libre de la mujer, el hecho de tener dos hijos menores a su cargo hacía de esa opción una decisión no sólo legítima y presumible, sino explícitamente necesaria (considerando 2°).

Por otro lado, es relevante mencionar que el desempleo en nuestro país es alarmante, así como la informalidad, pues muchas personas solo se dedican a realizar labores lucrativas (mayormente el comercio) y no tienen acceso a una estabilidad laboral o en otros casos, son trabajadores independientes.

Ante esta situación, es importante que el juez al momento de evaluar la fijación de la cuantía debe tomar en cuenta cuáles son las probabilidades efectivas de que el consorte – más perjudicado – pueda volver a formar parte del mercado laboral, debiendo analizar otros criterios, como la edad y

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

el estado de salud, ya que de ello dependerá en gran medida la posibilidad de realizar o no un trabajo.

Nos adherimos a la posición del derecho español, en cuanto contempla que al referirse a la capacidad de trabajar o reanudar el trabajo, se debe contemplar la edad y el estado de salud, por cuanto serían determinantes a las necesidades del cónyuge perjudicado (Zarraluqui, 2005).

Es más, respecto a las posibilidades de empleo debe referirse no solo a la función a desarrollarse en una entidad pública o privada sino también a cualquier actividad que pueda realizar por cuenta propia o ajena, en base a un oficio, profesión, arte o u otros.

Con respecto, a la cualificación profesional, se debe considerar si es que alguno de esposos contaba con alguna profesión o si no lo tenían. Incluso, es preciso tomar en consideración si es que sería posible adquirirla, completarla o especializarla, esto en aras de mejorar su situación económica. Este criterio también guarda relación con la edad, el estado de salud y aptitudes de cada consorte.

También se debe considerar el grado de instrucción que posee el cónyuge perjudicado, pues como sabemos actualmente con este grado, se están dando más oportunidades de acceso laboral y con una alta remuneración. Esto es notorio pues actualmente muchas personas buscan mejorar su desempeño mediante capacitaciones para acceder a puesto de trabajo más remunerados.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Actualmente en nuestro país los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 están vigentes para acceder a una plaza ya sea en el sector público o privado. Además, con la promulgación de la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil, se pretende una reforma en el servicio civil peruano, pues dicha norma busca la profesionalización del servicio, mediante la meritocracia y respeto de los derechos laborales.

En España, respecto a este punto, la doctora Saura (2004), señala que:

la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, circunstancias ambas en íntima relación exigen capacidades casi proféticas o adivinatorias al juez, pues, en los tiempos que corren, por muy cualificado profesionalmente que esté el acreedor de la pensión, la aleatoriedad de acceso a un empleo es más que probable (p. 153).

Es importante tomar como referencia la experiencia laboral con que se cuenta para poder acceder nuevamente a un trabajo. Pues a mayor experiencia, mayor será la capacidad de superar el desequilibrio económico que resultó del divorcio. En cambio, el cónyuge que nunca ha desempeñado alguna actividad económica, peor aún ningún trabajo, será muy difícil que pueda desarrollar una actividad económica. No obstante, ello no significa que se le debería negar la indemnización, deberían analizarse otros criterios.

Citando como ejemplo, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en Guzmán con Filipi, se estableció que el hecho de alguno de los esposos no tenga ninguna preparación para poder laborar no es un argumento que permita quitar del derecho a compensación a quien lo

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

peticione y esto es fundamental puesto ya que en el ámbito laboral concurren trabajos que necesitan o no preparación o más aún un título profesional. Aunado a ella la Corte estimó que al tener la cónyuge una edad avanzada (69 años) y una insuficiente calificación laboral y profesional se verían totalmente disminuidas sus posibilidades de acceder al mercado laboral, más aún si se dedicó exclusivamente a sus hijos durante 31 años que duró su convivencia matrimonial.

Sin lugar a dudas, es importante que se evalúe las condiciones en que se encuentre uno de los cónyuges para acceder al mercado laboral, analizando también otros criterios que permitan cuantificar la indemnización, pues en muchos casos las condiciones en que se encuentran son inferiores a las que hubieran tenido antes de casarse.

Similar criterio, argumentó el juez de la Provincia de Badajoz - España en la sentencia 237/2016, en la que remarcó que en el presente caso se hablaba de una reinserción progresiva al mercado laboral y que la cónyuge afectada dictaba clases particulares, así como también hacía limpieza en domicilios, actividades que no generaban muchas ganancias, por ende, no podían ser consideradas como una total reinserción al ámbito laboral. Además, ella se había dedicado durante siete años al cuidado de su hogar sin que se haya desempeñado laboralmente y tomando en cuenta su edad y preparación podía volver a trabajar, pero de forma progresiva; para ello se estableció una pensión compensatoria, pero de forma temporal (Yagüe, 2017).

## **“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Por consiguiente, no debería caber la posibilidad de negarse la indemnización por el simple hecho de que el cónyuge perjudicado superara la inestabilidad económica al reinsertarse al mercado laboral, debiendo analizarse otros aspectos.

### **3.3.4. LA EDAD Y SALUD DE CÓNYUGE QUE OSTENTA EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.**

Conforme pasan los años, las personas pasan por diversas etapas en la vida, las fuerzas y la capacidad cognitiva son variantes, así como las oportunidades para poder desarrollar alguna actividad que le permita subsistir y garantizar su calidad de vida cuando ostente una mayoría de años considerable.

Es de considerar que cada una de las personas tiene proyectado conseguir algún logro con la finalidad de contribuir dentro de la sociedad, así como de ser el caso ser reconocidos dentro del mismo.

La mayor parte de personas, en especial las mujeres son las que se encargan de las actividades del hogar, y en su minoría solo un bajo porcentaje de ellas ostentan la ardua labor de hacerse de un empleo. Asimismo, en un bajo porcentaje, se encuentran en dicha situación del cuidado del hogar, los varones.

Tanto varón y mujer al contraer matrimonio, como podemos evidenciar en nuestros hogares o de otros, en una situación mayormente repetitiva la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

mujer es la que se queda a cargo del cuidado de los hijos y del orden del hogar, siendo el varón quien se encarga de buscar un empleo o desarrollar una profesión para aportar económicamente al hogar. Debemos hacer hincapié que la labor de la mujer dentro del hogar es equivalente a las labores que realiza el varón al ejercer un empleo (con la diferencia única de percibir ingresos económicos).

Tras la ruptura de la unión matrimonial, tras largos años de haber cohabitado, la mayoría de edad es la situación más difícil que le toca pasar al cónyuge más perjudicado en aras de conseguir un empleo, luego de haberse ocupado durante muchos años al cuidado de su hogar, de los hijos o en todo caso de ambos, más aun si dicha persona no cuenta con ninguna carrera profesional o carrera técnica, ni mucho menos cuenta con ningún tipo de experiencia laboral ya que a raíz de la dedicación del hogar la misma ha estado inactiva en el desarrollo de sus habilidades y capacidades.

No solamente el cónyuge perjudicado, tras la ruptura del vínculo matrimonial, que llega a la vejez puede resultar inhabilitado para en el acceso a un empleo, hay que precisar que antes de los 60 años, sea esto desde 40, con el nivel competitivo que existe ahora, una persona sin experiencia, sin capacitación y especialización, le resultaría difícil para acceder a un empleo, al menos conseguirlo de manera inmediata.

No obstante que, para realizar una actividad lucrativa, sea través de un negocio o con la consolidación de una carrera técnica tardía, a fin de subsistir, ya que nunca es tarde para lograr algo, hay que tener en cuenta que

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

a raíz de que pasan los años para una persona, la con condiciones físicas y mentales van en descenso, siendo en algunas situaciones graves, lo cual podría serle impedimento de poder ejercer una actividad lucrativa.

Respecto a este criterio, Barcía y Riveros (2011) hacen referencia que la edad está vinculada con la opción de volver a contraer matrimonio, en la concepción de que, si una persona se vuelve a casar, esta, será en una nueva oportunidad amparada por las normas que regulan la figura del matrimonio.

En el documento, elaborado por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de Defensoría General de la Nación de Argentina (2015), que recaba jurisprudencia extranjera de los tribunales españoles sobre “compensación económica”; se recoge del Tribunal Supremo, la STS 3216/2015, 20 de julio de 2015, respecto a la compensación económica, valoración de la dedicación de la familiar, edad de la cónyuge participante; en la que describe y cuantifica una situación dramática del cónyuge perjudicado, de la siguiente manera:

La sentencia recurrida, parca de motivación, sólo tiene en cuenta una para negar la pensión, cuál es que la recurrente tiene atribuido el uso de la vivienda familiar. Pero, con independencia de que ello lo motive el que se le haya atribuido la guarda de la nieta acogida y, por ende, sin vocación necesaria de permanencia, aún en la hipótesis de que así fuese no se tiene en cuenta que la recurrente ha dedicado a la familia 39 años, tiene en la actualidad 65 años y los ingresos son notoriamente desproporcionados entre uno y otro de los cónyuges. El reproche de que ella podía haber trabajado como él a jornada completa es inconsistente, si se tiene en cuenta que han

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

tenido tres hijos, desde el año 1999 tienen acogida a la nieta, y es más que razonable que la dedicación a la familia y a la llevanza de labores diarias del hogar hiciese muy gravosa una dedicación laboral en su empleo en las mismas condiciones de horas de trabajo que las del marido. En atención a tales circunstancias, y teniendo en consideración para la fijación del quantum que, al día de hoy, él debe hacer frente a los gastos de una vivienda en la que habitar, se considera adecuada la cantidad de 200 mensuales (p.11-12).

León y Berenson (1996) con respecto a la definición de salud afirman que: una persona está sana cuando, se siente bien física y mentalmente, asimismo, cuando sus estructuras corporales, procesos fisiológicos y su comportamiento se conservan en los límites aprobados como regulares para todas las otras personas que comparten con él parecidas o iguales características e igual medio ambiente.

De lo precedentemente precisado podemos comprender que la salud en una persona abarca tanto el bienestar físico y psicológico, manifestando integridad completa a fin de poder desarrollar con normalidad sus actividades cotidianas.

Por tal razón, somos enfáticos en sostener que este criterio no debe aplicarse haciendo referencia al surgimiento de algún tipo de daño psicológico, afectación emocional o dentro desde las perspectiva de la violencia familiar, puesto que como ya se ha referido anteriormente estos son atribuible en calidad de culpa o dolo a uno de los cónyuges tras la ruptura matrimonial los cuales son resarcibles aplicando la figura de la responsabilidad civil, de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

cuya naturaleza indemnizatoria difiere de su aplicación en el tipo de divorcio remedio, ni mucho menos se debe vincular a la enfermedad sea física o mental como causa del divorcio por separación de hecho; sino por el contrario la situación del cónyuge más perjudicado debe ser analizada con orientación a determinar que, este, pese a su estado de salud pueda superar a ese desequilibrio económico.

Con respecto al cónyuge más perjudicado, si su estado de salud (física o psicológica) está considerablemente deteriorado, dicha situación no va a posibilitar que la persona logre sobresalir desarrollando alguna u otra actividad económica, por lo que le será de mucha dificultad sobreponerse a tal desequilibrio económico posterior al divorcio.

Este criterio al respecto no debe ser de rigurosa aplicación a tal punto de considerar que para aplicar dicho criterio el cónyuge más perjudicado deba encontrarse postrado en una cama, o que se encuentre en estado vegetativo, sino que por el contrario deberá considerarse que debido a su estado de salud le es, total o medianamente posible, impedido de poder desarrollar alguna actividad con la fuerza e intensidad necesaria, o que para el cuidado de su bienestar físico o psicológico requiere de tiempo para su rehabilitación.

Según Calisaya (2016):

Que la enfermedad se deba o no al divorcio o a la separación de hecho o actos de violencia familiar (como se valora en la sentencia) nada tiene que

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

ver. Lo relevante es determinar si el estado de salud va a ser o no un obstáculo para la reinserción laboral o el desempeño de actividad económica independiente (p.140).

Con respecto a estos dos criterios desarrollados individualmente, conforme lo señala Varsi (2012) la edad y el estado de salud, “a efectos de la eventual concesión de una compensación por desequilibrio radica en la capacidad productiva, la fuerza de trabajo y las expectativas de rentabilidad en el tiempo” (p.668).

Asimismo, respecto a la edad y salud de cónyuge beneficiario refiere que “aunque no se trate propiamente de una prestación alimenticia, es claro que aquí el juez debe incrementar la cuantía de la compensación cuando se trate de cónyuges de edad avanzada o con salud inestable o quebrantada” (Corral citado por Lepin, 2008, p.73).

De igual forma, en su trabajo de tesis Lepin (2008) recoge la sentencia de fecha 25 de mayo de 2006, donde la Corte de Apelación de Rancagua de Chile, en causa Rol 266-2006, ha resuelto:

que, dentro de los límites indicados, la Corte tendrá particularmente, en cuenta, entonces, la edad de la demandante de la reconvención, que ciertamente le dificulta, si es que no le impide, el acceso al mercado laboral, sobre todo si no consta que tenga profesión o calificación (sic) alguna al respecto; se atenderá además a su situación patrimonial, desde que no consta que ejerza actividad económica alguna, pareciendo completamente dependiente de la asistencia de su marido; y, finalmente, su

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

situación previsional, que determina que una vez producidos los efectos del divorcio, quedará, al respecto completamente desprotegida (p.74).

Por otro lado, es necesario precisar si estos criterios son considerados en su aplicación únicamente con relación al cónyuge más perjudicado, o a ambos.

Asimismo, Lalana citado por Lepin (2008) precisa que:

La doctrina mayoritaria estima que debe apreciarse respecto de ambas, como sucede en el art. 272 del Código Civil francés, precedente del art. 97 Código Civil español. Es cierto que la jurisprudencia, en la mayor parte de las sentencias, sólo se refiere al cónyuge acreedor, pero puede observarse que, en estos casos, el Tribunal no comenta estas circunstancias respecto del cónyuge deudor porque no las considera relevantes (p.17).

Finalmente, el criterio de edad y el estado de salud deber ser aplicado con relación a la capacidad de trabajar o de continuar trabajando, del cónyuge perjudicado, así como también debe ser analizado conjuntamente con la duración de la vida matrimonial y la convivencia conyugal, dado que por sí solo dicho criterio no justifica la indemnización. En el caso concreto de que una pareja se divorcie a los 32 años, ostentando ambos buena condición física y psicológica, la fijación de la cuantía indemnizatoria en esa situación no será tomada en cuenta o será fijada mínimamente.

Si por contrario, pongámonos en el caso de una anciana que ostenta un estado de salud deplorable o deteriorado, además de no contar con bienes que garanticen su subsistencia, dicha situación será una justificación para

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

superar el desequilibrio económico de tal persona, mediante la indemnización.

Asimismo, estos dos criterios, son justificados de manera lógica a efectos de incrementar la cuantía indemnizatoria a favor del cónyuge más perjudicado, en cuanto estos impactan de manera negativa en las condiciones de vida de unos de los cónyuges. Los jueces de Familia deben aumentar la cuantía indemnizatoria cuando el cónyuge perjudicado resulte ser una persona de edad avanzada o salud delicada; bajo la lógica de que, mientras mayor sea el cónyuge más perjudicado mayor debería ser la cuantía indemnizatoria. Así también, si esta persona no ostenta buena salud, la cuantía indemnizatoria deberá ser más elevada con relación a la de una persona que se encuentra en buen estado de salud.

### **3.3.5. LA EVENTUAL PÉRDIDA DE LOS DERECHOS PREVISIONALES**

Nuestra Constitución Política, en el artículo 10° dispone que: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 25° establece que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

Conforme se ha venido desarrollando; después que una pareja contrae matrimonio, uno de los cónyuges es quien asume la dedicación al hogar y al cuidado de los hijos, mientras que el otro cónyuge se dedica a trabajar. Situación que como se puede inferir queda en desbalance, la situación de uno de los cónyuges con relación del otro, en este caso nos referimos a la imposibilidad de uno de los cónyuges de poder acceder, a futuro, al derecho de una pensión.

Esta situación de la vida familiar es regulada y protegida en derecho chileno a través de la Ley N° 19.947, en su artículo 61°, el cual establece que: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.”

Asimismo, según Barcía y Riveros (2011) refieren que este criterio puede configurarse de dos formas. Una de forma genérica, la cual contempla, que es necesario establecer un equilibrio patrimonial de ambos cónyuges, considerando su situación y condición actual con relación a su situación

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

pasada, para así poder proyectar hacia el futuro su situación previsional. En cuanto a la segunda forma, este criterio tiene que ser aplicado en situaciones singulares en las que el ex cónyuge más perjudicado, se encuentra en una situación desmejorada de salud y de desamparo, como por ejemplo si tiene una enfermedad grave o este discapacitado.

Bajo esa línea (Zarraluqui citado por Lepin, 2008) con referencia a este criterio señala que, el ordenamiento legal de los países occidentales cada vez tiene mayor consideración, en contemplar de la ruptura de la relación matrimonial, los derechos de los ex cónyuges a las pensiones de invalidez, retiro y vejez. La anticipación de jubilación por edad (voluntaria o forzosa), prolongación de las expectativas de vida, así como la carencia de medios propios que garanticen las atenciones vitales cuando ya no se adquieran ingresos provenientes del trabajo, han ido cambiando básicamente la estructura de las economías familiares. Mediante los seguros, se crearon expectativas distintas de cobertura de las necesidades, mediante las aportaciones efectuadas durante la vida activa. Regularmente, dichas aportaciones se han realizado naturalmente con el esfuerzo de ambos esposos, siendo beneficiarios de ello ambos.

Debemos tener en cuenta que, una de las consecuencias del divorcio, vinculados al derecho previsional, es que, a causa de tal acontecimiento, uno de los cónyuges pierde su derecho al seguro social. Esta situación es relevante, dado que, uno de los cónyuges dependa del derecho previsional

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

de otro. Ante ello el cónyuge más perjudicado estará obligado a incurrir en gastos.

Lepin (2008) haciendo un análisis de la pensión compensatoria en el derecho español, con respecto a este criterio refiere que:

¿Cuáles son las pensiones a tener en cuenta por el Juez dentro de este apartado séptimo del art. 97 CC? No se trata, desde luego, únicamente de pensiones que tengan como condición para su obtención el matrimonio y que se pierdan después por la separación o el divorcio posterior. Se trata de todo tipo de pensiones, tanto de las ya adquiridas que decaen por la separación o divorcio, como de las que no se disfrutaban todavía y no van a poder conseguirse por separarse o disolverse el matrimonio (p. 20).

Con respecto a la mejor regulación de este criterio, la legislación chilena muestra mayor preocupación, dado que mediante la Ley N° 20.255, se incorporan dos artículos con relación a la compensación económica en casos de divorcio y nulidad. Siendo el más importante el artículo 80° que prescribe:

Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto. Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio.

Consideramos que no es necesario que el cónyuge más perjudicado, tenga que encontrarse en una situación de salud grave, en estado terminal o vegetativo, siendo más drásticos, a efectos de poder aplicar este criterio para fijar la cuantía indemnizatoria, sino que por el contrario requerirá que por razones de salud sean éstas graves o no, o de ser el caso por razones de su avanzada edad se pueda considerar este criterio en su aplicación dado que mediante el mismo podría garantizar la atenuación total o parcial de su desequilibrio económico. La situación previsional es un criterio que debe tener presente, por cuanto es evidentemente que el cónyuge que no ha desempeñado actividad laboral alguna sea esta técnica o profesional, o la ha realizado de manera esporádica, por dejar su vida laboral por la familiar; necesariamente ante dicha situación va a sufrir una repercusión directa con sus aportaciones al sistema previsional, la cual a futuro dicha dejadez de aportar por dedicarse a las labores del hogar, podrían afectar su situación económica y previsional, constituyendo uno de los importantes y considerables perjuicios, suscitados por no realizar de manera total o parcial actividad remunerada.

Finalmente, el juez de familia deberá considerar que, tras el divorcio, uno de los cónyuges pierde su derecho a percibir una pensión de viudez, así como considerar que este pierde su derecho a ser beneficiario de la seguridad social al no figurar ya como cónyuge. Para el caso de fijar la cuantía

## **“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

indemnizatoria, esta no debe ser calculada en relación al monto de la pensión perdida por la por los años de vida dedicados al hogar y al matrimonio en sí, por cuanto no puede conocerse si dicho cónyuge verdaderamente hubiera disfrutado de una pensión en situación de no haberse dado el divorcio. Por el contrario, dicho criterio deberá ser considerado para la indemnización como una oportunidad perdida de parte de uno de los cónyuges, puesto que perdió la ocasión o la elección de adquirir el derecho de acceder a una pensión.

Este criterio con relación a su naturaleza indemnizatoria, es de carácter meramente económico, de tal forma que, tras la ruptura del matrimonio, debe existir una relación directa dada entre la pérdida del derecho a la pensión y el divorcio, de lo contrario no posible considerarla.

### **3.3.6. LA COLABORACIÓN QUE HUBIERE PRESTADO A LAS ACTIVIDADES LUCRATIVAS DEL OTRO CÓNYUGE**

Es muy común que dentro del matrimonio, uno de los cónyuges, aunque no necesariamente tenga dicho conocimiento o experiencia, este interesado o se vea obligado a aprender de las actividades que realiza o desempeña el otro cónyuge, sea esta técnica o profesional; a raíz de esa situación uno de los cónyuges empieza por contribuir, ayudando al otro, en la constitución y desarrollo de un negocio u empresa, ya sea atendiendo directamente, realizando la venta o compra de productos u otras actividades que se necesiten; así como en la profesión asumiendo funciones de secretaria, administrativa o accesorias que se requieran, etc.; asimismo es también

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

cierto que dichas actividades, destinadas a colaborar y contribuir con la capacidad económica del otro cónyuge lo que le conlleva a generar mayores ingresos personales, incluso superaciones académicas y profesionales, las que no son remuneradas; ante lo cual desde un principio, como es lógico dicha actitud dentro de un matrimonio no tendría nada de reprochable, es más, es considerada como un deber y obligación que contribuye al beneficio de la familia; no obstante dicha situación cambiaría hasta el momento en que se produce el divorcio.

Producido el divorcio, como es evidente, todo el esfuerzo y dedicación aportada por el cónyuge perjudicado a favor del otro para su crecimiento económico sin ninguna retribución económica o de insignificante retribución, estará destinada indiscutiblemente a favorecer al cónyuge titular de la actividad económica o de aquel que ostenta una condición técnica o profesional que le permita crecer económicamente; suscitándose un desequilibrio económico entre ambos cónyuges, siendo necesario advertir dicha situación con la finalidad equiparar las condiciones económicas de los ex cónyuges, ya sea evitando o atenuando el desequilibrio económico del cónyuge más perjudicado (Calisaya, 2016).

Este criterio para fijar la cuantía indemnizatoria a favor del cónyuge más perjudicado, posiblemente no va a ser aplicado independientemente; puesto que, es posible que el cónyuge que colaboró aportando su esfuerzo y hasta sus conocimientos, sean básicos o avanzados, en la actividad económica del otro cónyuge, haya desatendido su propia visión de crecimiento técnico,

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

profesional y sobre todo económico; asimismo que al no obtener una remuneración o sea esta irrisoria, sus aporte en materia previsional serán insignificante o de ser el caso nulos; por otro lado, la colaboración en las actividades de un cónyuge a favor del otro, al ser usualmente informal, no serán consideradas como experiencia laboral, quedando carente de tal condición cuando necesite exigidamente sobrellevar su desequilibrio económico con un trabajo.

Con respecto al artículo 97° numeral 5 del Código Civil español, que regula como criterio para cuantificar la compensación económica: la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; Belío (2013) señala que:

Dicho precepto aparentemente se refiere a la contribución en actividades o negocios personales del cónyuge deudor, el cual se interpreta como un enriquecimiento peculiar de éste y a costa del acreedor, a su juicio, dicha suposición puede expandirse a la colaboración o contribución en los negocios comunes. En ambos casos, se trataría de eventualidades en donde existe usualmente una relación de subordinación laboral, y la retribución económica recibida por el cónyuge acreedor es nula o la actividad profesional insuficiente remunerada. Asimismo, señala que en algunas situaciones y pese haber realizado un trabajo, podemos advertir que no se han realizado aportaciones exigidas en materia previsional, por lo que en consecuencia no se genera el derecho a una pensión de jubilación.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Asimismo, para describir en un caso en concreto, el criterio que venimos desarrollando, Belío, de la jurisprudencia comparada, recoge la sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 80 de Madrid, de fecha 28 de enero del 2013, sentencia N° 38/2013, en el cual se precisa que:

La esposa abandonó su trabajo desempeñado en la empresa Telefónica en el 2009 para formar con su cónyuge una empresa familiar, con la finalidad de poder ocupar más tiempo al cuidado y protección de sus menores hijas, realizando dicha actividad, desde ese momento, con basta dedicación. De igual forma ha contribuido con el demandado en las actividades de la empresa que crearon, que el demandado es liquidando para así fundar una nueva empresa, sin la intervención de su esposa. Suponiendo de todo ello que la esposa, durante el proceso de divorcio, no solo ha perdido su trabajo, los ingresos económicos que adquiriría en la empresa familiar que colaboraba con su esposo, sino también su trascendencia profesional en la empresa Telefónica, donde trabajaba anteriormente, la que abandono por dedicarse al proyecto familiar (Citado por Calisaya, 2016, p.143).

De igual manera, resaltando este criterio se tiene la breve descripción de un caso que dio origen a lo resuelto en la sentencia expedida por Corte de Apelaciones de Coyhaique de Chile, de fecha 20 marzo 2008, Rol 26-08, donde:

En Bórquez con Pérez, Mariano demanda de divorcio a su cónyuge Ana María, quien deduce demanda reconvenzional de compensación económica. La jueza del tribunal de familia de Coyhaique decreta el divorcio pero niega lugar a la compensación, ante esto, Ana María deduce recurso de apelación fundándose en que el fallo de primera instancia viola las normas de la sana crítica, apartándose de la lógica y el sentido común, en virtud de que la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

jueza dio por acreditado sólo con dichos del demandado reconvenional que adquirió dos bienes inmuebles con dinero propio y no tomó en cuenta que la demandante era quien sostenía los gastos del hogar común para que su cónyuge destinara el dinero que ganaba como profesor a generar otros bienes.

La Corte de Apelaciones de Coyhaique señala que consta en el juicio que ambos son profesores, contratados por la Dirección de Educación Municipal, sin embargo, al término del matrimonio el demandado reconvenional resultó más fortalecido que la demandante y esto se debe indudablemente al apoyo y colaboración que la cónyuge prestó.

Continúa la Corte diciendo que se da por sentado el parámetro de la colaboración que habría prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge y por eso se acogerá la demanda reconvenional.

A lo largo del fallo, menciona otros criterios que se toman en cuenta, la duración del matrimonio, la edad de los cónyuges, su estado de salud, etc. Sin embargo, como se menciona en la sentencia, es el criterio de la colaboración lo que determina al juez para acoger la demanda de compensación (Pitronello, 2012, p.30-31).

Este criterio como podemos advertir, debe ser tomado en cuenta con la finalidad de fijar la cuantía indemnizatoria a favor del cónyuge más perjudicado, tras la separación de hecho y el divorcio, puesto que en muchas y reiteradas ocasiones dicho cónyuge con la finalidad de mejorar para sí y su familia, la calidad de vida familiar, en su nueva etapa de casado, se ve obligado a renunciar a sus aspiraciones personales o resignarse por empezar a desarrollarlos con el fin de colaborar total o parcialmente en el desarrollo económico de una empresa familiar o en las actividades económicas de su

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

cónyuge, sin retribución económica alguna, por lo que posterior al divorcio, le va a generar serios problemas económicos.

Saura (2004), analizando la doctrina española, ha señalado varias circunstancias no consideradas con respecto al criterio que venimos desarrollando, de todas ellas mencionaremos solo algunas, las cuales nos parecen importantes, siendo estas:

- El apoyo, durante el matrimonio, prestado por uno de los cónyuges hacia el otro con la finalidad de que este último pueda consolidar su formación académica o laboral
- Pérdida para este cónyuge, de una posible oportunidad laboral, que abandonó para dedicarse a los hijos o contribuir a la empresa familiar de ser el caso, así como la pérdida evidente de sus derechos laborales.

Esta situación ha sido indirectamente descrita y valorada en el Tercer Pleno, en su considerando 96 literal A) en el cual sucintamente se precisa lo siguiente:

“La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no sólo de él sino de la familia; lo que se halla probado [...], en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos [...] se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

económico de la demandada no fue compensado por el actor, produciéndose un evidente desequilibrio económico (...).”.

Conforme a lo referido anteriormente, podemos afirmar que este criterio no solo se tomará en cuenta en su aplicación, cuando unos de los cónyuges haya colaborado en las actividades económicas del otro cónyuge, sino también, se deberá tomar en consideración el desprendimiento económico que realiza con mucho esfuerzo y dedicación a efectos de ver la superación de su cónyuge, con la visión de que este pueda sacar adelante a toda la familiar, situación en la que no se ve obligado a trabajar, sino más bien le da la oportunidad de concluir con sus estudios.

Finalmente, para cerrar la idea con respecto a este criterio, las colaboraciones prestadas por el cónyuge más perjudicado al favor del otro deben ser concretamente acreditadas y distintas a la dedicación del hogar y del cuidado los hijos, puesto que son criterios distintos y que son fijados indistintamente para ser cuantificados; esto debido a que en muchas ocasiones uno de los cónyuges se dedica a las labores del hogar, así como colabora con el otro cónyuge a cumplir con su trabajo, o lo ayuda en su mejoría y desarrollo como profesional. Por lo que, si se evidencia en uno de los cónyuges, un desequilibrio económico a raíz de que apoyo al otro cónyuge en sus labores, permitiéndole incrementar su capacidad económica, o contribuyó en su desarrollo y mejoría como profesional, ante tal situación el cónyuge perjudicado tiene derecho a percibir una indemnización. Asimismo, para que sea aplicable este criterio, deberá considerarse, más que

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

el patrimonio del cónyuge beneficiado con la colaboración del otro, los ingresos que obtuvo gracias a la colaboración, debiendo otorgarse dicha indemnización en proporción a la colaboración brindada.

### III. MATERIALES Y MÉTODOS

#### 3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

- **Básica:** Esta investigación nos permitió fundamentar criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización en la causal de separación de hecho, ya que nos permitió- para alcanzar nuestro objeto de investigación- desarrollar conocimientos teóricos y doctrinarios (dogmática), pues lo que se pretendió es el aporte teórico de la persona investigadora al derecho; en nuestro caso de cuestionar teorías existentes (Aranzamendi, 2013).
- **Según su naturaleza o profundidad:** Descriptiva, pues conforme lo sostiene Hernández (2010)” busca especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población” (p.80). En la presente investigación no solo se describió la realidad problemática, la naturaleza de la indemnización sino también se describió y analizó diferentes sentencias las cuales fueron sometidas al análisis de la legislación nacional y de la doctrina comparada.

## 3.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

### 3.2.1. MÉTODO GENERALES

#### a. Método Inductivo

Con respecto a este método Hernández, Fernández y Baptista (2010) señalan que: este tipo de investigación no inicia por una teoría particular para luego aterrizar en el plano de la experiencia, a fin de corroborar si dicha teoría es amparada por los hechos; sino por el contrario, el que investiga inicia analizando e inspeccionando el entorno social, para luego en dicho proceso de investigación elaborar una teoría coherente, de acuerdo con lo que advierte, frecuentemente llamada teoría fundamentada.

Siendo dicho método aplicado en la presente investigación, dado que partimos de lo particular a lo general, explorando, observando y describiendo la realidad problemática desde la doctrina nacional, el análisis de casos, la jurisprudencia; haciendo un comparando con la doctrina y normativa extranjera, para finalmente arribar en conclusiones justificadas conforme a lo observado y analizado, lo que de acuerdo a nuestro objetivo principal nos permitió fundamentar criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

**b. Método de Análisis**

Según Aranzamendi (2013) a través de dicho método, empieza el proceso de conocimiento reconociendo cada una de las partes que identifica una realidad. Procediendo de dicho modo a establecer relaciones causales entre los elementos que constituyen su objeto de investigación.

Dicho método fue de pertinente aplicación en la presente investigación dado que comenzamos identificando la realidad problemática del Tercer Pleno Casatorio Civil, respecto al no desarrollo de los criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización a favor de cónyuge perjudicado, dejando solo en su contenido meros postulados de casi mínima importancia, dejándose un vacío legal; siendo, lo anteriormente mencionado, contrastado desde la casuística, del cual también sometido bajo análisis, se advirtió dicha deficiencia de criterios aplicados por el juzgador para una debida argumentación y fundamentación de las sentencias. Lo cual fue objeto de nuestra investigación fundamentar y proponer criterios que contribuyan a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

**c. Método de Síntesis**

Mediante dicho método después de haber analizado las circunstancias que abordan la problemática; se rescataron las ideas, postulados y otros elementos evidentemente importantes, las cuales

fueron estructuradas en nuestro trabajo de manera sistematizada y precisa, lo cual nos permitió arribar a nuestro objetivo general el cual fue fundamentar los criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

Aranzamendi (2013), lo define como un método por el cual se acopia los elementos para formar un todo (...) se considera como método de demostración que se origina desde sus inicios a las consecuencias, de las causas hacia los efectos.

### **3.2.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA**

#### **a. Dogmático**

Tal como, lo refiere Ramos (2007), dicho método, concibe dentro del ámbito de su pensamiento, situando al Derecho como una ciencia o técnica formal, en consecuencia la inscribe, como una variable autónoma de la sociedad, investida de independencia metodológica y técnica (...) una tesis inspirada y que aplica el método dogmático, visualiza la problemática jurídica a la luz de las fuentes formales; conforme a lo antes señalado este método nos permitió que en el desarrollo de nuestra investigación recurramos a las fuentes formales que inspiran el derecho; como la doctrina nacional e internacional, el derecho comparado y la jurisprudencia respecto de las figuras jurídicas concernientes al divorcio por causal de separación hecho que nos sirvió finalmente para fundamentar los criterios

que contribuyan a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

**b. Histórico**

Este método fue utilizado en la presente investigación ya que nos remitimos a los antecedentes y otras características de la responsabilidad civil aplicada en el derecho de familia, lo cual nos permitió identificar los fundamentos de tal propuesta en su aplicación, aspecto esencial a tratar en el desarrollo de nuestra investigación hacia el logro de nuestro objetivo principal el cual es fundamentar los criterios que contribuyan a cuantificar la indemnización. Al respecto Solis (2001) señala que este método implica el análisis de los precedentes y circunstancias en que aparece y desarrolla un objeto o proceso dado; por cuanto no se puede ocultar que todo elemento, hecho o fenómeno que se halla sujeto al sobrevenir histórico, que implica un surgimiento, desarrollo, caducidad, y desaparición, está conducido por leyes objetivas.

**c. Método Hermenéutico**

Este método se empleó en el desarrollo de la tesis, debido a que según Packer (2003) nos permite, utilizar una descripción pormenorizada y progresiva de los sucesos del intercambio social, y progresivamente articula más elementos de su organización. Este método se aplicó al presente trabajo de investigación dado que se pretendió interpretar los alcances del artículo 345-A del Código Civil, así como identificar las deficiencias del Tercer Pleno respecto al desarrollo argumentativo de los

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización; asimismo, se realizó el análisis de sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de Chimbote, considerando para ello la interpretación de doctrina comparada de otros países a efectos de fundamentar y proponer criterios que contribuyan a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

### **d. Método Comparativo**

Aranzamendi (2013) señala que, mediante dicho método, la investigación, se sujeta al estudio y análisis de las instituciones jurídicas que incumben a un mismo género, empero que se diferencia en la especie. En estos casos, lo que se busca es identificar diferencias o conformidades normativas teóricas o doctrinarias de dos o más sistemas jurídicos en el ámbito nacional e internacional. Este método fue aplicado en la presente investigación debido a que si bien es cierto el pleno precisa vagamente determinados criterios a fin de tenerlos en cuenta al momento de cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, estos son solo meros enunciados desprovistos de motivación y desarrollo jurídico, a tal punto de pasar por inadvertidos, ante lo cual nuestro propósito fue fundamentarlos abordando para ello, los sustentos jurídicos de dichos preceptos, y no solo ello, también su correcta conceptualización, utilizando para ello la norma y la doctrina comparada, permitiéndonos alcanzar el cumplimiento de nuestro objeto de investigación.

### 3.3. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN

El diseño básico que se aplicó a la presente investigación cualitativa fue:

**Diseño Investigación-Acción**, ya que tal como refiere Hernández (2010), este diseño tiene como finalidad resolver cuestionamientos cotidianos mejorando experiencias concretas. Su intención principal se basa en proporcionar información que nos sirva de guía, a fin de tomar decisiones destinadas a programas, procesos y reformas estructurales.

Respecto a la presente investigación, esta se vinculó con el diseño ya mencionado dado que partimos evidenciando las sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de Chimbote así como del Tercer Pleno, ciertos criterios que aparecen intrínsecamente de los hechos expuestos pero que no son considerados y otros criterios que figuran en el mismo, respectivamente, los cuales no se encuentran fundamentados ni desarrollados, apareciendo solo como meros enunciados inadvertidos e inaplicables, además que, tampoco son considerados como precedente vinculante. No obstante, para fundamentar e incluir otros criterios analizamos la doctrina y jurisprudencia comparada. Ante ello es que empleamos uno de los diseños del tipo de investigación jurídica como medida complementaria del diseño básico de la investigación cualitativa, siendo el siguiente:

#### a. Jurídica – Descriptiva.

Dado que facultó describir las partes y aspectos primordiales del fenómeno fáctico que se pretendió investigar (...) permitió conocer: ¿quién?, ¿dónde?, ¿cuándo? y ¿cómo?, sobre el hecho o fenómeno jurídico (Aranzamendi, 2013); mediante el mismo establecimos esenciales rasgos que abordaron el tema estudiado en la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

presente investigación; lo que nos permitió, apreciar de manera objetiva de las sentencias analizadas la justificación de criterios que contribuyeron a cuantificar la indemnización, asimismo, se apreció la ausencia del desarrollo jurídico en el Pleno de tales criterios, en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho; permitiéndonos fundamentarlos y proponerlos para una correcta aplicación.

### **b. Jurídica – Propositiva**

Este diseño también se aplicó en este trabajo, consiste según Aranzamendi (2013) en averiguar la carencia de un enfoque teórico para dar solución a un problema, así como, advertir vacíos o lagunas del derecho los cuales están relacionados con el objeto de nuestra investigación para finalmente proponer una regulación acorde a Derecho. Se aplicó este diseño, en nuestra investigación, dado que lo pretendido en nuestro objeto estuvo orientado a fundamentar y proponer criterios que contribuyan a cuantificar la indemnización el cual estará plasmado en una propuesta legislativa.

### **3.4. POBLACIÓN MUESTRAL**

La población muestral fue de cinco (05) sentencias expedidas por los Juzgados especializados de Familia de Chimbote en los años 2017-2018, referidas al pronunciamiento con respecto al monto de la indemnización en los procesos de divorcio por separación de hecho.

Para ello, el tipo de muestras utilizadas en nuestra investigación fueron las Muestras por conveniencia “estas fueron conformadas por los casos que estuvieron disponibles y de los cuales pudimos acceder” Battaglia citado por Hernández (2014); lo cual nos permitió concluir de las mismas, el análisis de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

los jueces – en sus sentencias – respecto a que si estas están dirigidas a la utilización de criterios justificantes que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

### **3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

#### **3.5.1. TÉCNICAS**

##### **a. Fichaje**

Como lo define Ramos (2007) es el contenido informativo que se transfiere a las tarjetas con líneas, cuyo formato es uniforme, en donde se acopian los datos de una manera ordenada, lo cual nos fue de mucha ayuda ya que nos permitió seleccionar la información necesaria, útil y pertinente para nuestra investigación, la misma que fue extraída de los libros, artículos y otros medios de información necesariamente vinculadas a nuestro tema materia de investigación, estando incorporada a nuestro marco teórico y conceptual para así culminar exitosamente nuestro informe final.

##### **b. Estudio de casos:**

Mediante dicha técnica demostramos las subjetividades de los jueces al momento de resolver en los procesos divorcio por causal de separación de hecho, específicamente sobre la indemnización otorgada; asimismo rescatamos algunas ideas destacadas vinculadas a nuestro tema que investigación. Tal como refiere Aranzamendi (2013) el estudio de casos, más que ser referido como un método o una técnica, se presenta como un

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

diseño o como una estrategia incluida dentro de la investigación. Ante la existencia de cualquier duda, el estudio de casos concede a la investigación la profundidad en una situación dada.

### 3.5.2. INSTRUMENTOS

#### a. Fichas:

Las cuales fueron de vital importancia a efectos de recaudar la información indispensable y necesaria destinada para la elaboración de nuestro marco teórico y conceptual; utilizando para ello fichas textuales, resumen, bibliográficas, mixtas o combinadas, de comentario o concepto.

#### b. Guía de estudio de casos

A través de ella, pudimos realizar el análisis y la extracción de los aspectos más pertinentes y relevantes de la información, contenida en las sentencias expedidas por los Juzgados Especializados de Familia Chimbote en el año 2018, las mismas que fueron incorporadas en nuestro trabajo de investigación para después ser analizadas.

### 3.5.3. FUENTES PRIMARIAS

a. **Realidad Social:** Obtenida y analizada a través de la casuística.

b. **Observación Indirecta:** Es la información recabada por los investigadores de la casuística, sin ser parte de ello.

#### **3.5.4. FUENTES SECUNDARIAS**

- a. Documentos.

#### **3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS**

Las técnicas que empleamos en nuestra investigación para el procesamiento de datos, fueron:

##### **a. Corte y clasificación**

A definición de Hernández, (2014) este se realiza a posterior de revisar, manejar y marcar el texto, el cortar o editar y clasificar para después distinguir términos, pasajes o segmentos que han de ser importantes y necesarios para su planteamiento y unidad conceptualmente.

La técnica precedentemente precisada, es oportunamente aplicable y se aplicó en este trabajo de investigación al momento de extraer e identificar ideas centrales e importantes de la doctrina nacional e internacional con respecto a la problemática, hipótesis y objetivos planteados, las cuales nos sirvió de manera exigible para el desarrollo y culminación de la presente investigación.

##### **b. Análisis documental**

Dicha técnica se aplicó en la investigación, al momento de organizar los temas de cada capítulo, lo que para Becerra (2012) es la técnica aplicada para la separación de la estructura y contenido de un

documento. El instrumento para dicha técnica puede modificarse de acuerdo al tipo y / o características del documento a analizar.

**c. Metacodificación**

Para Hernández, (2014) este método, indaga los aspectos esenciales y de conocimiento, realizados y plasmados en otros estudios previos (marco teórico) con la finalidad de descubrir otras nuevas potencialidades y otros temas relevantes. Esta técnica necesita de un conjunto de unidades o datos (completos, imágenes, textos, párrafos, etc.) así como de un conjunto de categorías determinadas. La presente técnica se aplicó al momento de analizar las diferentes posiciones e ideas con respecto a lo que nos atañe investigar, dado que en su desarrollo se encontró teorías, posiciones e ideas aceptables y cuestionables por nosotros; del cual nos permitió consolidar conceptos e ideas, necesarias y útiles para finalmente culminar con nuestra investigación. Asimismo, nos permitió establecer criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

**3.7. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS**

Para el desarrollo y la exitosa culminación de la presente investigación se realizó revisión bibliográfica, de los libros ubicados en la biblioteca de las universidades públicas y privadas dentro y fuera de nuestra localidad; se seleccionó y extrajo minuciosamente la información para la elaboración de nuestro proyecto de investigación, ayudándonos de fichas bibliográficas.

## **“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Asimismo, se procedió a recopilar las sentencias expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote en el año 2018, a fin de ser analizada y extraer resultados favorables que nos servirán de mucho para el regular desarrollo de nuestra investigación.

En el presente informe, se ha tenido en cuenta sentencias de primera instancia emitidas en los siguientes expedientes:

- Expediente N° 01287-2016-0-2501-JR-FC-03.
- Expediente N° 01016-2015-0-2501-JR-FC-01.
- Expediente N° 01084-2015-0-2501-JR-FC-01.
- Expediente N° 02355-2017-0-2501-JR-FC-03
- Expediente N° 01223-2013-0-2501-JR-FC-02

#### **IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

##### **RESULTADO N° 01:**

La naturaleza jurídica de la indemnización por causal de separación de hecho es de obligación legal indemnizatoria destinada a evitar desigualdades económicas patrimoniales manifiestas entre los cónyuges; por ende, debe prescindirse de todas aquellas posiciones que le otorgan un carácter de responsabilidad civil.

##### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

Este resultado se obtiene del análisis al artículo 345 – A del Código Civil y de las posiciones doctrinarias en cuanto a su aplicación. Como se desprende de este artículo el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Por tanto, lo que pretende dicho artículo es indemnizar a aquel cónyuge que más pierde con la ruptura de su vida en común que es generada por la separación de hecho.

Ahora bien, nuestra legislación mediante Ley N° 27495 introdujo la causal de separación de hecho, como una causal objetiva que pertenece al sistema de divorcio-remedio (junto con la separación convencional).

Por consiguiente, con la modificatoria realizada y la incorporación del artículo 345 – A al Código Civil, es importante que se determine y esclarezca su naturaleza jurídica a fin de evitar imprecisiones y contradicciones al momento de avocarse al conocimiento de dicha figura.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

En tal sentido, cabe preguntarse en qué consiste identificar la naturaleza jurídica de una institución. Para el profesor Corral (2007):

la cuestión no es irrelevante desde el punto de vista práctico. La identificación de la naturaleza jurídica sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta contenidos en la regulación normativa, ayuda a elegir factores de decisión que aparecen aludidos únicamente por la intención del legislador de hacer enumeraciones de elementos no taxativas; y, finalmente, resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio. (p. 24)

Siendo ello así, es oportuno comentar que en la legislación nacional no ha habido consenso respecto a la naturaleza jurídica de la indemnización en la causal de separación de hecho.

La doctrina mayoritaria en el Perú consideraba que la naturaleza jurídica de la indemnización era de responsabilidad civil en sentido estricto (Osterling, 2013). Por ello, dentro de dicha tendencia se le asociaba con la responsabilidad civil extracontractual analizando sus elementos: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución. Así también calificándola como un tipo de responsabilidad civil familiar; esto por cuanto se afirma que dentro de las familias se producen hechos ilícitos; por ejemplo, aquellas direccionadas en contra del otro cónyuge al no cumplir con sus deberes matrimoniales, o de los hijos frente a sus padres por el detrimento moral y material, así como por el daño moral por la falta del reconocimiento de la filiación matrimonial (Herane, 2007).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Así también se pronuncia el profesor Plácido (2002), al asignar a la indemnización una naturaleza de responsabilidad civil y precisa: “la responsabilidad civil familiar es de tipo extracontractual al sustentarse en la existencia entre las partes del vínculo jurídico familiar que los relaciona y al que no puede extenderse el concepto de contrato al no tener por contenido obligaciones o derechos de creditorios” (p.381).

Tal posición, reconoce la existencia de daños y perjuicio en la figura del divorcio por la causal de separación de hecho y por ende de responsabilidad civil (contractual o extracontractual).

Ahora, respecto a la naturaleza jurídica, como bien comentamos, a pesar de que hubo diferentes posiciones en cuanto a la determinación de la misma, ya que se alegaba que la naturaleza era asistencial o alimenticia; de responsabilidad civil contractual o extracontractual (doctrina mayoritaria), y de obligación legal (posición que sostenemos), el Tercer Pleno Casatorio Civil es correcto en sostener que la indemnización en estudio es de carácter obligacional, así se desprende del considerando 57:

En cuanto a la **naturaleza jurídica de la indemnización**, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente 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**

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

**parte con el de este Colegiado Supremo**, expuesto líneas arriba (...) (subrayado nuestro).

Siguiendo este orden de ideas afirmamos que, el título que cimenta y justifica la obligación indemnizatoria del segundo párrafo del artículo 345°-A del CC, es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino restablecer desequilibrios económicos resultantes de la ruptura del matrimonio.

Sin embargo, a pesar de que ha quedado establecida su naturaleza jurídica, el mismo Pleno sostiene de manera contradictoria analizar algunos elementos de la responsabilidad civil a efectos de identificar al menos perjudicado, así como fijar el quantum indemnizatorio, como si fuese un supuesto de resarcimiento. Esto lo advertimos en el fundamento 61 donde se sustenta que se debe de tener en cuenta la culpa o el dolo de uno de los consortes para establecer la magnitud de los perjuicios, así como graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado.

No discutimos muchos de los razonamientos arribados por el Pleno Casatorio, puesto que consideramos que son certeros, pero debemos ser enfáticos en aseverar, que la naturaleza jurídica de la indemnización es de obligación legal, no debiendo confundirse con el carácter de responsabilidad civil, criterio ya superado en la actualidad.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Así lo sostiene el profesor Vidal (s.f) al referir que:

la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia pues constituye una obligación legal impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro con la finalidad de corregir, por medio de una prestación pecuniaria, un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil (p. 437).

En el mismo sentido, los profesores Céspedes y Vargas (2008), señalan que:

en base a lo expuesto, sostenemos que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia: es solo una obligación impuesta por la ley que se concede en los eventos previstas por ella, de contenido patrimonial y que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge débil para que pueda reiniciar su vida separada (p. 451).

Por ello, alegamos que la indemnización que emana del artículo 345- A del Código Civil es de naturaleza obligacional, que se le ha impuesto a uno de los esposos cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica.

Dicho razonamiento, lo confirmamos en el fallo del Juzgado de familia Rancagua, del 24 de diciembre de 2009, donde se sostuvo que la compensación económica (indemnización por la causal de separación de hecho en el Perú) supone la acreditación de los supuestos que el legislador exige para que proceda, debiendo interpretarse de manera estricta ya que en este proceso no es necesario acreditar la culpa de uno de los cónyuges (Pitronello, 2012).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Por otro lado, es pertinente acotar que, si bien en la indemnización derivada de la separación de hecho se habla de daño, éste debe entenderse como un menoscabo económico que se equipara con la inestabilidad del cónyuge perjudicado.

Así, respecto a la interpretación realizada por Morales (2011), el “daño personal” del segundo párrafo del artículo 345-A no es el daño a la persona del artículo 1985 del mismo Código, ni tampoco el daño moral, sino significa la inestabilidad económica que afecta al cónyuge perjudicado por la separación de hecho y el divorcio.

En consecuencia, a criterio de Alfaro (2012), no resulta adecuado afirmar que el consorte más débil ha sufrido un daño; así como tampoco que el causante de ese detrimento sea uno de los consortes. La ley obliga a indemnizar por cuanto el divorcio provoca un desequilibrio que tiene su origen último en cómo se desarrolló la convivencia matrimonial, no importando porque el cónyuge acreedor decidió dedicarse al cuidado de la familia y el hogar a abandonando su pleno desarrollo profesional o laboral.

Por ende, en la causal de separación de hecho, no corresponde afirmar que exista una reparación por el *daño* sufrido, puesto que no responde a un supuesto de divorcio sanción, sino como se mencionó aun supuesto de divorcio remedio (causas no inculpatorias).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Luego de haber citado doctrina comparada, podemos concluir que la indemnización denominada también en otras legislaciones como, compensación económica o prestación económica, es de naturaleza jurídica de obligación legal, la cual se concede cuando de dicha separación se produce una inestabilidad económica en comparación con la que tenía durante su relación matrimonial.

### **RESULTADO N° 02:**

El daño moral y el daño al proyecto de vida matrimonial no deben ser considerados como fundamentos a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria a favor del cónyuge perjudicado puesto que dichos conceptos deben aplicarse en relación a los elementos de la responsabilidad civil.

### **DISCUSIÓN DE RESULTADO**

Respecto a este resultado, hemos logrado identificar, que las figuras del daño moral y el daño al proyecto de vida matrimonial no deben ser abordados para fijar la cuantía indemnizatoria. El daño desde la óptica jurídica como sostiene Osterling y Castillo (2003), es la lesión que recae en el bien jurídico de una persona, ya sea cometida por dolo o culpa “de otro”, generando de esa forma una sensación nada agradable por la disminución de ese bien, vale decir, de lo útil que le era tal bien, y cualquier otra equivalencia de utilidad de derivase.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Entre los tipos de daños que existen y que erróneamente se aplican en la separación de hecho son el daño moral y el daño al proyecto de vida (matrimonial).

En primer lugar, advertimos que existe acalorada controversia a efectos de determinar si el daño moral abarca el daño a la persona o si este último abarca el primero, en ese sentido Morales (2007) refiere que el daño a la persona, es una figura que surge a consecuencia de una corriente jus filosófica humanista que destaca la revalorización en el ser humano, colocándolo como el principio y fin del quehacer jurídico. Salvaguarda los derechos fundamentales de la persona, cuando son vulnerados, proponiendo el establecimiento de una justa compensación.

De igual forma Taboada (2003) señala que comprender el significado de daño a la persona es determinar que se genera dicho daño cuando se lesiona la integridad física de la persona, en su estado psicológico y/o su proyecto de vida, lo cual deberá ser manifiestamente acreditado.

Por otro lado, el maestro Fernández (s/f) sostiene que el daño moral es uno de los variados daños sicosomáticos que podrían lesionar a la persona por lo que debe ser considerado como un daño que repercute en la esfera sentimental de la persona. Resultando así una variante síquica del general daño a la persona.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

De igual forma la Casación N°949-95-Arequipa, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República define al daño moral como:

(...) el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus afectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

No obstante, es necesario señalar algunas convergencias que la doctrina ha realizado con relación al daño moral y el daño a la persona.

Por un lado, León (2004) criticando dichas categorías sostiene la inutilidad del daño a la persona y afirma la funcionalidad del daño moral. En ese sentido, el concepto de (daño a la persona) no tiene gran respaldo en el ordenamiento jurídico italiano, de donde fue importada al Perú. Asimismo, uno de las temáticas más tediosas, es el reconocimiento del daño moral como daño resarcible, las cuales se encuentran enmarcadas dentro de nuestro sistema de responsabilidad civil; ya que por su propia esencia lo hace no indemnizable económicamente, además que por su existencia posiblemente devendría en incierta por su difícil probanza.

Bajo esa línea, Chang (2014) apuesta por la figura del daño moral, por cuanto cualquier tipo de afectación que atente contra la persona o su patrimonio, por minúscula que sea, ocasiona un sufrimiento a quien lo

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

padece. No obstante, probar de este tipo de daño resulta demasiado complejo.

Asimismo, Osterling y Castillo (2003), sostienen que el daño moral debe ser considerado en lo más amplio posible, abarcando todo daño o perjuicio a la persona en sí — sea física o psíquica—, así como toda afectación contra sus intereses no patrimoniales.

En sentido contrario, para Taboada (2001), las categorías (daño a la persona) y (daño moral) no son dependientes, por cuanto una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra bastante distinta son los sentimientos de la persona.

Ahora, en nuestra legislación, específicamente en el derecho de familia, se protege la reparación del daño moral. Es así que, el artículo 351° del Código Civil prescribe que “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”. Se debe entender que se le ha causado daño moral al afectarse al cónyuge inocente en sus bienes extrapatrimoniales, como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge (Peralta, 2008).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

En ese sentido, el resarcimiento por daño moral al cónyuge inocente, en los supuestos jurídicos de divorcio-sanción, únicamente será amparable cuando estos daños sean ocasionados por las conductas o acciones atribuibles al cónyuge culpable del divorcio. No sucediendo lo mismo en el tipo de divorcio remedio, el cual se ubica la causal por separación de hecho. Dado que el segundo párrafo del artículo 345-A Código Civil no corresponde a un supuesto de responsabilidad civil, puesto que, entre otros aspectos, no se manifiesta el elemento de la antijuridicidad o la imputación de una conducta sea dolo o culpa que se pueda atribuir a uno de los cónyuges; desestimándose la figura del daño. Siendo coherente bajo el análisis del derecho comparado, bajo ningún argumento o condición, sería válido afirmar que el cónyuge más débil (perjudicado) ha sido víctima de un daño. Menos, sería correcto afirmar que el autor de ese menoscabo o “daño” (desequilibrio económico) sea el “cónyuge deudor” (Alfaro, 2012).

Coincidimos, con a la interpretación realizada por el maestro Morales (2011), al artículo 345-A del Código Civil refiere, en el sentido que “daño personal” del segundo párrafo no se refiere al daño a la persona que refiere el artículo 1985 del mismo Código, ni tampoco se refiere al daño moral, sino que por el contrario el daño hace referencia o significa el desequilibrio económico en sí, el cual afecta al cónyuge perjudicado tras la separación de hecho y el divorcio.

En segundo lugar, tenemos la figura de daño al proyecto de vida matrimonial, que también fue abordado en el Tercer Pleno. Al respecto

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

sobre esta figura Caballero (2010) refiere que se trata de la realización de un proyecto entre dos personas (cónyuges) mediante el matrimonio, a través del cual, para lograr su cometido, uno de los cónyuges asume el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos traspasando al otro buscar el sostenimiento de la familiar.

De igual forma el daño al proyecto de vida matrimonial, es definido en el fundamento décimo segundo de la Casación N° 4921-2008-Lima, como:

(...) aquel que afecta la manera como los cónyuges decidieron vivir, esto es, realizarse juntos a través del matrimonio, y por ende idearon escogieron y desarrollaron un conjunto de medidas, planes, proyectos para dicho fin. Los que muchas veces comportan la asunción de posiciones que desde el aspecto económico se manifiesta en que, uno de los cónyuges cede al otro la situación de proveedor y se le facilita toda oportunidad para que dicha provisión sea mejor y mayor.

Al respecto León (2008), no niega la existencia daño al proyecto de vida, pero es jurídicamente irrelevante puesto que no puede ser resarcido mucho menos cuantificado; contrariamente solo contribuye a inflar de manera riesgosa los resarcimientos.

Por lo que el Tercer Peno se encarga de descartar el daño al proyecto de vida matrimonial, conforme a lo desarrollado en su fundamento 70.

Finalmente, como se ha venido desarrollando, el artículo 345-A del Código Civil no tiene por finalidad resarcir la violencia física o psicológica, la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

infidelidad, el incumplimiento del pago de los alimentos. No debemos perder de vista que la figura de la separación de hecho como causal de divorcio es entendida y considerada como una causal remedio, en consecuencia, se prescinde de cualquier tipo de factor de atribución que pueda recaer en uno cónyuges, sea está a título de dolo o culpa.

### **RESULTADO N° 03:**

La indemnización por daños que refiere el artículo 345 – A del Código Civil tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, entendido como el desequilibrio económico.

### **DISCUSIÓN DE RESULTADO**

Con respecto a este resultado, ha quedado demostrado que la figura del desequilibrio económico, es el presupuesto o requisito básico para el otorgamiento de la indemnización en el proceso de divorcio remedio (separación de hecho). Debiendo conocer conceptualmente la definición de tal figura; en ese sentido empezaremos por precisar lo que expone el Tercer Pleno, sobre el desequilibrio económico, en su fundamento 64:

“En este orden de ideas, **el desequilibrio económico** se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Diez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: “La hipótesis para la que el

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas”.

Coincidentemente con el derecho español, la palabra o el término desequilibrio conceptualmente se presenta como una negativa variación patrimonial percibida por uno de los cónyuges con relación al otro; variaciones que influyen en sus condiciones de vida materiales tras el resultado del divorcio (Campuzano,1994). Es el supuesto primordial que determina y constituye el derecho de acceso a la pensión (entendida como compensación económica) con un punto de referencia: la posición de un cónyuge con respecto al otro, y una consecuencia: un empeoramiento de uno de los cónyuges, en su situación económica, en comparación con la situación que ostenta durante la vida matrimonial (Lasarte y Valdepuesta citado por Marcello, 2015).

De igual forma en el plano jurisprudencial, el fundamento tercero de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España N°917/2008, de fecha 03 de octubre de 2008, resalta que el presupuesto básico para la compensación económica (indemnización) es:

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

(...) el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio, en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Constituye su presupuesto esencial «la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge.

Como podemos apreciar de la doctrina comparada no ajena a la nuestra, el desequilibrio, netamente es de connotación económica además de ser un presupuesto básico para la indemnización. No obstante, la doctrina ha logrado delimitar sus alcances.

En esa directriz la doctrina española ha logrado distinguir dos tipos de desequilibrio económico, las cuales son el desequilibrio perpetuo y el coyuntural, cuya distinción guarda una estrecha relación con las circunstancias personales de los cónyuges, siendo estos trascendentes en el establecimiento de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria.

Respecto al **desequilibrio perpetuo**, se define como tal, por cuanto en y en tanto las repercusiones que la vida matrimonial produce en una situación particular, conlleva en uno de los cónyuges la desaparición de cualquier expectativa de sobresalir de cualquier forma por sí mismo y de obtener sus propios ingresos económicos. Estas situaciones suelen caracterizarse porque, en un sentido amplio, decae la ilusión de que el beneficiario de la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

indemnización pueda superar, en el decurso de los años, la situación económica en la que se quedó después de la ruptura de la convivencia matrimonial (Allueva, 2015).

Para el mismo autor otra clase de desequilibrio como referimos es el **desequilibrio coyuntural**; el cual se caracteriza, fundamentalmente, por ser temporal, pudiendo tal desequilibrio ser superado con el transcurso del tiempo, de modo que a través del tiempo transcurrido, aun le es posible enrumbar su vida, su independencia económica y autonomía, uno de sus distinciones es su circunstancialidad; para ello el Juez atenderá a las condiciones particulares que repercuten en el demandante (cónyuge perjudicado), a efectos de colocarle en una situación de igualdad de oportunidades sea laboral o económica, ello, en relación a la condición que habría tenido dicho cónyuge de no haber mediado la relación matrimonial.

Para el abogado Lepin (2008) sostiene que, respecto al alcance del desequilibrio que en ella pueden seguirse dos líneas, las cuales se delimitan en una teoría objetiva y la otra subjetiva. La primera se fundamenta en que el desequilibrio debe ser entendido básicamente como aquel que surge de la diferencia en la confrontación de patrimonios entre uno de los cónyuges respecto del otro. De otro lado, la teoría subjetiva se fundamenta en que, para diagnosticar el desequilibrio, no debe valorarse únicamente la diferencia de patrimonios sino también debe valorarse el cuidado del hogar y de los hijos, edad y salud del cónyuge más perjudicado, la dedicación a la familia, entre otros.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Nuevamente, Allueva (2015) pondera el desequilibrio económico haciendo un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia española, refiere que se ha venido usando dos tipos de análisis e interpretación del término desequilibrio: por un lado una objetiva, siendo esta superada por la doctrina, y por el otro una subjetiva; con relación a la primera (objetiva) esta se caracteriza únicamente teniendo en cuenta la simple disminución patrimonial recaída en uno los cónyuges, tras la separación de hecho, con relación a la posición del otro cónyuge; dicho de otra forma, se atiende a un hecho objetivo, en la cual uno de los cónyuges ha experimentado una reducción de su patrimonio respecto del otro, quien aún conserva su patrimonio, y con la disfrutada (patrimonio) por ambos cónyuges mientras la convivencia matrimonial se mantuvo. Con relación a la segunda (subjetiva) agrega además que, a entendimiento de la doctrina, las circunstancias de convivencia son importantes para conceder, denegar o limitar la compensación, propiciando a nivel jurisprudencial la valorización subjetiva del desequilibrio económico, la cual postula que además de considerar la disminución patrimonial, debe también considerarse factores personales y subjetivos y conformadores de la vida familiar por ejemplo: el estado de salud, la edad, dedicación pasada o futura de la familia, entre otros, siendo de consideración la tesis subjetiva del desequilibrio económico, ya que no son únicamente simples parámetros para fijar el *quantum* de la indemnización, sino también deben ser considerados como guía para establecer si existe o no desequilibrio económico.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Al tener en cuenta estas teorías: objetiva y subjetiva del desequilibrio económico, desarrolladas en una de las experiencias jurídicas más importante como la española, donde ha tenido mayor desarrollo en preocuparse por delimitar los fundamentos de los criterios para cuantificar la indemnización a favor del cónyuge que tras separación o divorcio ostento un **desequilibrio económico**; nos permitió identificar la esencia y fundamentos de nuestros criterios propuestos, es decir, de donde resultan además de conocer cuál es el alcance de los mismos.

En ese sentido, consideramos que la teoría objetiva, debe aplicarse en nuestra legislación u ordenamiento; debido a que el desequilibrio que busca necesariamente ser compensado, total o parcialmente, mediante la indemnización, alcanza a aquel desequilibrio de tipo patrimonial o económico que se produce tras la ruptura del vínculo matrimonial, corroborándose tal desequilibrio a través de la comparación de patrimonio de ambos cónyuges, aspecto o circunstancia que tanto el artículo 345-A del Código Civil y el Tercer Pleno exigen indemnizar, lo cual no se hace por parte de nuestro juzgadores. Asimismo es propicio postular también por la teoría subjetiva del desequilibrio, del que surgen otros de los criterios para indemnizar como: la edad y salud, colaboración, acceso al mercado laboral, pérdida de derecho previsional; estos también necesariamente deben ser considerados al momento de establecer la cuantía indemnizatoria, como resultado de ese desequilibrio, que en principio son independientes de la determinación del mismo; así también cabe hacer mención que estos aspectos subjetivos no están tajantemente relacionados o vinculados a

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

condición de un factor de atribución como es el dolo o la culpa en uno de los cónyuges, ya que son situaciones o condiciones netamente personales, que subyacen de dentro de la vida matrimonial así como tras el divorcio; debiendo ser advertidas por el juez de manera objetiva puesto que deben ser probadas necesariamente.

Por otro lado, luego de haber analizado el desequilibrio económico como requisito para otorgarse la indemnización, es preciso mencionar que su forma de pago no está establecida de forma expresa en el artículo 345 – A del Código Civil; sin embargo, en el fundamento 54 del Tercer Pleno Casatorio se indica que la misma

“puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo, pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas”.

De la misma manera, en el fundamento 73 se establece que dicho pago “debe establecerse en un solo monto dinerario que el juez considere justo”. Así también, en el fundamento 75 se señala que es posible que “en ejecución de sentencia el juez, a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago (...)”.

En el Derecho chileno en el art. 65 de LMC se establecen modalidades que el juez debe tener en cuenta para determinar la forma de pago, teniendo en consideración que la compensación es una prestación única, a diferencia del Derecho español que su compensación económica se concibe como una

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

prestación periódica temporal o de tiempo indefinido; o una prestación única, según se establezca en el acuerdo regulador o en la sentencia.

Estamos de acuerdo con los argumentos de la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio, pues si bien en nuestro país el pago de la indemnización es una prestación única (suma alzada), también se debe tener en cuenta que en la realidad muchas veces este pago no puede realizarse de una sola vez; por ello, con ánimos de cumplir con el pago de dicha indemnización se deben establecer otras formas a fin de efectivizarla, como el pago en dinero o en especies y en cuotas. Ahora bien, estas formas deben ser establecidas por el juez a fin de proteger el interés del cónyuge perjudicado o por ambas partes.

### **RESULTADO N° 04:**

El razonamiento de los jueces de los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote, en sus fallos emitidos en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, a efectos de fijar el monto indemnizatorio únicamente se limita a determinar el daño moral, apartándose del espíritu de la norma contenida en el art. 345- A que tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; debiéndose cuantificar dicha inestabilidad en mérito a criterios.

### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

Este resultado se obtiene del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados de Familia, y son parte de nuestro estudio en la presente investigación, las mismas que recaen en los expedientes N° 01287-2016-0-

## **“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

2501-JR-FC-03, N° 01016-2015-0-2501-JR-FC-01, N° 01084-2015-0-2501-JR-FC-01, N° 02355-2017-0-2501-JR-FC-03 y N° 01223-2013-0-2501-JR-FC-02, de las cuales se han verificado la carencia de desarrollo e imprecisión de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria los cuales influyen en la práctica jurídica del juzgador, del abogado, así como causa la percepción de injusticia en el ciudadano sometido a proceso.

Del análisis de las sentencias antes descritas evidenciamos que tanto los jueces de primera como segunda instancia a fin de acreditar y fijar un monto indemnizatorio a favor de cónyuge perjudicado, toman en cuenta algunas situaciones o circunstancias que emanan de los hechos de las demandas que los llevan a intuir la existencia del daño moral, atribuyendo para ello la culpabilidad en algunas de las partes. Deduciendo tal daño de las versiones brindadas en las actuaciones judiciales en la cual cada parte se atribuye como cónyuge perjudicado sindicando a otro como culpable, demostrándose por parte de los juzgadores el apartamiento del concepto de estabilidad económica por la que deben velar como exige la norma.

Debemos ser enfáticos que, para fijar la indemnización, como exige el artículo 345-A del código civil, el juez debe identificar quién de los cónyuges se encuentra en mayor desventaja económica tras la separación. En ese sentido no se analiza el daño a la persona u otro tipo de daño que derive de este, ya que si hablamos de culpa esta debe ser sustentada de conformidad a los elementos de la responsabilidad civil, figura jurídica ajena a la separación de hecho.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Esto debido a que dicha causal está considerada como una causal remedio, es decir, no se analiza la culpa o dolo de los cónyuges, solo se verifica una determinada situación fáctica que se refleja con el resquebrajamiento de la vida conyugal.

Por ello, no es propósito del presente artículo resarcir por el incumplimiento de deberes conyugales, la violencia física, psicológica o el abandono del hogar que haya sufrido una de las partes como lo pretenden los juzgadores.

Con ello, no insinuamos que los actos de violencia o incumplimiento generados dentro de la relación conyugal deban quedar impunes, sino que esta causal (separación de hecho) no es la vía correcta para solicitar un resarcimiento por daños.

Por lo tanto, debe quedar sentado que a nuestro entender el cónyuge débil es aquel que luego de constatado el término de la relación matrimonial se halla en una posición patrimonial más débil. Pero debiéndose entender el término “Débil” en que posee grandes dificultades para poder reintegrarse al ámbito laboral y también de proveerse por sí mismo económicamente (Troncoso, 2006). Es por ello, que “en el precepto normativo nacional encuentra su más resaltante expresión, el principio de la protección del interés del cónyuge más débil, que resultaría ser en el caso peruano el cónyuge más perjudicado” (Alfaro, 2012, p. 28).

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Siguiendo este orden de ideas nosotros afirmamos tal y como lo hemos desarrollado anteriormente que la indemnización en la separación de hecho en el Perú, surge a fin de proteger al cónyuge más débil que al momento de la ruptura de su relación conyugal se queda en una situación de inestabilidad económica. En tal sentido, se debe entender al daño generado por la ruptura, como el desequilibrio económico sufrido por uno de los esposos, a comparación del otro quien sí desarrolló una actividad lucrativa. Además, de encontrarse en una posición de desventaja en cuanto a las dificultades atravesadas para poder subsistir con sus propios medios, dada la dificultad que representará para el/ella su incorporación al mercado laboral, considerando además la edad, el cuidado de los hijos menores (o alguna discapacidad) y los años sin ejercer una profesión.

En consecuencia, no es correcto tomar como referencia para otorgar una indemnización el daño al proyecto de vida en común, ni como indemnización ni resarcimiento; tal y como fueron consideradas en nuestras muestras (sentencias), más aún alegar en las mismas el detrimento a su honor y consideración social en uno de los cónyuges, es afirmar erróneamente por nuestros juzgadores que por el hecho de estar casada implica tener un *statu quo* en sociedad, que conlleva a señalar el sometimiento de la mujer al marido, como lo alegado por la jueza en la sentencia emitida por el Tercer Juzgado de Familia, contenida en la resolución N° 11 del nueve de octubre del dos mil dieciocho (Expediente N° 02355-2017-0-2501-JR-FC-03) del que se desprende: “ no es menos cierto que a la fecha de la separación la demandante tuvo que atravesar no solo el

“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

hecho de la interrupción del proyecto de vida matrimonial si no frente al detrimento, como el honor, prestigio, consideración social”.

Por otro lado, como resultado de los expedientes tomados como muestra resaltamos necesariamente la sentencia emitida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Santa, contenida en la resolución N° 14 del treinta de noviembre del dos mil diecisiete del expediente N° 01287-2016-0-2501-JR-FC-03, por cuanto, tuvimos acceso a ella y logramos extraer los siguientes criterios para fijar la cuantía indemnizatoria:

**a. Patrimonio e ingresos de los cónyuges tras el divorcio y el acceso al mercado laboral o desarrollar actividad lucrativa**

Consideramos que este es el criterio principal para identificar si es que la separación de hecho y el divorcio en sí va a provocar una inestabilidad económica.

Esto lo advertimos en la determinación del patrimonio de ambos cónyuges tras el divorcio; ya sea considerando las gananciales, así como los bienes propios, y a partir de ello se analizará si es que existe una diferencia considerable entre los dos patrimonios y nos permitirá analizar la inestabilidad económica que atravesará uno de los dos cónyuges.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

El profesor Varsi (2012) haciendo un análisis de la legislación española, indica que la disparidad entre los patrimonios de cada uno de los cónyuges resultante de la crisis matrimonial, sería uno de los presupuestos a efectos de otorgarse la compensación económica (indemnización en nuestra legislación).

Así también, es importante tomar como referencia la experiencia laboral con que se cuenta para poder acceder nuevamente a un trabajo. Pues el consorte que nunca ha desempeñado alguna actividad económica, peor aún ningún trabajo, será muy difícil que pueda desarrollar una actividad económica.

Nos adherimos a la posición del derecho español, en cuanto contempla que al referirse a la capacidad de trabajar o reanudar el trabajo, se debe contemplar la edad y el estado de salud, por cuanto serían determinantes a las necesidades del cónyuge perjudicado (Zarraluqui, 2005).

En el presente caso de los hechos expuestos y medios de prueba actuados en el proceso pudimos advertir que las partes no adquirieron bienes sociales; por ende, no existe liquidación de gananciales. Sin embargo, esta situación evidencia una notable inestabilidad económica para la demandada, pues al no existir bienes que repartir en la sociedad, se encontraría en una evidente inestabilidad económica, lo cual aumentaría tomando en consideración que durante su vida conyugal no ha desarrollado alguna actividad lucrativa. Esto es notorio, pues del

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

caso se desprende que el demandante es un efectivo policial que ha generado ingresos económicos por su labor como tal; mientras que la demandada no ha generado ningún tipo de ingresos económico debido a que se dedicó al cuidado exclusivo de su hogar, así como de su menor hijo quien se encontraba en delicado estado de salud.

### **b. La duración de la vida conyugal**

Este criterio, tiene como fundamento que mientras más duradera sea la convivencia, mayor será la posibilidad que uno de los esposos genere dependencia en la economía dentro de su familia. En cambio, si menor es ésta, fácilmente el cónyuge más perjudicado podrá reponerse.

En tal sentido, Corral (2007) señala que, aunque la relación convivencial entre esposos sea muy importante para determinar el menoscabo, debe tomarse en consideración también la duración de la relación matrimonial. Efectivamente, a pesar de que la vida conyugal haya sido corta, pero si su matrimonio fue largo es posible que se hayan suscitado efectos de protección y ayuda para cualquiera de los esposos, cuya ausencia será precisamente compensarla (en cuanto a su alimentación y beneficios en salud).

En cuanto a este criterio como se desprende de los hechos de la demanda y del análisis respecto a la fecha de separación realizada por la jueza, la vida en común entre ambos duró aproximadamente 15 años (se casaron en 1993 y se separaron en el 2008) generando la demandada

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

dependencia económica dentro de su familia; por cuanto al haberse dedicado exclusivamente a su hogar y a los cuidados de su hijo quien padecía una enfermedad, dejó de lado su propia formación profesional, dependiendo así económicamente de su esposo, esto es notorio, por cuanto durante la relación convivencial, el demandante era policía, pudiendo inferirse que la esposa ha gozado de protección y manutención del esposo.

### **c. La edad de la cónyuge**

Respecto a este criterio el profesor Varsi (2012) señala que la edad y el estado de salud, “a efectos de la eventual concesión de una compensación por desequilibrio radica en la capacidad productiva, la fuerza de trabajo y las expectativas de rentabilidad en el tiempo” (p.668).

Del DNI de la demandada se advierte que tiene 44 años de edad, y tomando en cuenta que durante toda su relación conyugal no sea desempeñado en una actividad remunerativa ni haber estudiado una profesión es muy dificultoso que acceda a un empleo sea en el sector público o privado, quedando solamente a criterio de ella poder desarrollar una actividad económica para poderse generar ingresos.

### **d. La eventual pérdida de los derechos previsionales**

Según Barcía y Riveros (2011) refieren que este criterio puede configurarse de una forma genérica, la cual contempla, que es necesario establecer un equilibrio patrimonial de ambos cónyuges, considerando

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

su situación y condición actual con relación a su situación pasada, para así poder proyectar hacia el futuro su situación previsional.

Por consiguiente, con este criterio podemos señalar que el demandante al trabajar para el estado en una institución como la Policía Nacional del Perú percibe una remuneración y un seguro que se extiende a la demandada por el hecho mismo de estar casado con ella. Bajo dicha lógica, al producirse el divorcio su ex esposa queda desamparada por dicha situación en la que tendrá que generar ingresos para poder pagar una atención médica. A todo ello, la situación previsional es un criterio que se debe tener presente, por cuanto es evidentemente que el cónyuge que no ha desempeñado actividad laboral alguna sea esta técnica o profesional, o la ha realizado de manera esporádica, por dejar su vida laboral por la familiar; necesariamente ante dicha situación va a sufrir una repercusión directa con sus aportaciones al sistema previsional.

Asimismo, con este resultado, producto del análisis de las sentencias se evidencia que a pesar de que existe un desarrollo doctrinal por desligar la responsabilidad civil de la indemnización por la causal de separación de hecho, podemos afirmar que los jueces especializados en Familia de Chimbote, aún siguen otorgando indemnizaciones por daño moral, supuesto que ya ha sido precisado a lo largo de nuestra investigación como no aplicable. Por ende, somos enfáticos en mencionar una vez más que la indemnización a otorgar tiene naturaleza de obligación legal y es muy trascendental tomar como base los criterios propuestos a fin

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

de fijar un monto indemnizatorio, el cual está previsto en el artículo 345-A del Código Civil.

En ese orden de ideas, concluimos que los criterios que el juez debe tomar en cuenta al momento de fijar la cuantía indemnizatoria, tienen que estar desligada de cualquier elemento de la responsabilidad civil; esto es, no debe de analizarse el daño moral ni el daño a la persona pues como ya se ha desarrollado, son figuras que emanan de las causales de divorcio sanción, donde sí existe la posibilidad de señalar a un cónyuge culpable e inocente a efectos de reparar el daño sufrido.

### **RESULTADO N° 05:**

Con los criterios consistentes en el patrimonio e ingresos de los cónyuges posterior al divorcio, duración de la relación conyugal, posibilidades de acceso al mercado laboral o desarrollo de actividad lucrativa, la edad y salud del cónyuge que ostenta el desequilibrio económico, la eventual pérdida de los derechos previsionales, la colaboración que hubiera prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge, entre otros criterios que el juez considere pertinente al caso concreto, permitirá fijar una adecuada cuantía indemnizatoria más allá del Tercer Pleno Casatorio a favor del cónyuge perjudicado.

### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

Este resultado se deduce del análisis realizado al Tercer Pleno Casatorio, ya que no ha abordado expresamente el tema sobre los criterios que permiten

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

fijar el monto de la indemnización, si bien es cierto ha citado algunos, pero no existe un desarrollo exhaustivo de los mismos, tampoco han sido considerados como reglas con carácter de precedente vinculante; por lo que creemos que ante esta deficiencia que genera muchos dilemas y puede crear desconciertos, es necesario y justificado la realización del presente trabajo de investigación para la correcta aplicación en el Sistema Civil Peruano.

Respecto a las deficiencias legales que subyacen del pleno, hemos advertido que las mismas están referidas al contenido esencial de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, puesto que no existe un desarrollo jurídico, doctrinario y jurisprudencia al respecto, lo cual genera ciertas dudas, de su aplicación al caso en concreto; asimismo, es de precisar que, el pleno, en su segundo párrafo del fundamento 74 establece que para la fijar la indemnización:

(...) se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.

Evidenciando que el pleno, solo cita ciertos criterios establecidos en el artículo 97 del Código Civil español.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Por ello, consideramos necesario proponer criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, a fin de identificar y unificar conceptos, ideas y posiciones jurídicas, que nos permitan una adecuada administración de justicia.

Dichos criterios no son taxativos; la realidad es variante, pero los mismos podrían servir de referente para fijar la cuantía indemnizatoria en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, todo ello desligado de la culpabilidad de cualquiera de los cónyuges, aspecto que, hasta la actualidad, siguen aplicando los jueces al momento de sentenciar en este tipo de procesos.

### **a. El patrimonio e ingresos de los cónyuges posterior al divorcio**

Consideramos que este criterio es el más importante para fijarse el monto de la indemnización, en base a las siguientes precisiones.

En el Perú se regula dos regímenes patrimoniales establecidos en los artículos 301 al 331 del Código Civil, los cuales son: la sociedad de gananciales y la separación de bienes.

En este contexto, es conveniente distinguir, que el tema de la indemnización económica se introduce en nuestro país como una consecuencia del divorcio, donde no tiene que confundirse con el régimen patrimonial que emana del matrimonio.

La determinación del patrimonio de cada esposo luego del divorcio y la comparación póstuma que se hará de él va a permitir distinguir si existe una diferencia visible en los dos patrimonios y mostrará quien tendrá un

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

desequilibrio económico notorio en su nivel de vida en comparación con la situación que disfrutaba durante su relación matrimonial.

En tal sentido, en la Sentencia N.º 616/2015 del Tribunal Supremo de España, al momento de conceder la pensión compensatoria se argumentó que no bastaba solamente tomar en consideración la disparidad entre los patrimonios de los esposos, sino que también es imprescindible tomar en cuenta las características convivenciales entre ellos, los cuales guardan relación con los derechos y deberes que emanen del divorcio, así como la dedicación a su hogar o el desarrollo de alguna actividad remunerada antes de que se origine la ruptura de su matrimonio. Por tanto, se concluyó que, si bien ambos esposos cuentan con trabajos independientes, esto no es óbice para que se pueda otorgar una pensión, independientemente de si quien lo solicita sea varón o mujer (Mateo, 2016).

La procedencia de la indemnización se tiene que dar en ambos regímenes patrimoniales al que ambos esposos están sujetos. Al referirnos a la sociedad de gananciales, luego de la ruptura, pueden existir bienes que serán divididos por ambas partes; sin embargo, acaecido esto, dicha partición puede ser escasa o no puede producir liquidez. Con esta situación se evidenciaría una notable inestabilidad económica para uno de los esposos, donde se vería imposibilitado a sostenerse económicamente por sí mismo, lo cual aumentaría si tomamos en consideración que durante su vida conyugal no ha desarrollado alguna actividad remunerada.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

De otro lado, si es que ambos esposos estuvieran bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, ya sea por voluntad de uno de ellos, sería más evidente este desequilibrio económico para el cónyuge que no se desarrolló en alguna actividad económica durante el matrimonio y por tanto no aumentó su patrimonio, al dedicarse, por ejemplo, a su familia y al cuidado de hijos en común.

El profesor Varsi (2012) haciendo un análisis de la legislación española, indica que la disparidad entre los patrimonios de cada uno de los cónyuges resultante de la crisis matrimonial, sería uno de los presupuestos a efectos de otorgarse la compensación económica (indemnización en nuestra legislación).

Por lo sustentado, consideramos que este criterio sería el principal para fijar la indemnización por desequilibrio económico acaecido por el divorcio.

### **b. Duración de la relación conyugal**

Este criterio obtenido como criterio permitirá medir la trascendencia de la dedicación por parte de uno de los cónyuges en la vida familiar para así fijar un monto indemnizatorio.

Hay que hacer una breve distinción respecto a la duración del matrimonio y la convivencia en sí, en el sentido, que la duración de la convivencia será un factor determinante en la medida que ayudará a medir la trascendencia en la dedicación pasada a la familia, lo cual puede generar una mayor

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

dependencia económica por parte de uno de los cónyuges que el matrimonio por sí mismo.

Por estos motivos, el juez debería tener en cuenta al momento de fijar la cuantía indemnizatoria, el principio de inmediatez, no siendo admisible la otorgación de indemnizaciones cuando los esposos estén separado durante largos años (y pidan el divorcio después de que cada uno por ejemplo ya este conviviendo con otra persona, o haya realizado trabajos que le generen grandes ganancias). Sin embargo, no negamos la posibilidad de que a pesar de ser algunos años de convivencia conyugal se haya generado dicha inestabilidad económica, pero para ello se deben analizar otros criterios; como la edad, la salud, el sistema previsional, así como el acceso al mercado laboral.

En tal sentido, Corral (2007) afirma que, aunque la relación convivencial entre esposos sea muy importante para determinar el menoscabo, debe tomarse en consideración también la duración de la relación matrimonial. Efectivamente, a pesar de que la vida conyugal fue muy corta, pero si el matrimonio fue largo es posible que se hayan creado efectos de amparo y socorro para la esposa, cuya ausencia será necesario compensar (en cuanto a su alimentación y beneficios en salud).

Por consiguiente, consideramos que no cabe duda que este criterio no debe ser ponderado por sí solo, sino que el juzgador debe estudiarlos con otros,

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

como la edad, la situación patrimonial o previsional, pues solo de esta forma se configuraría un detrimento remediable.

### **c. Las posibilidades de acceso al mercado laboral o desarrollo de actividad lucrativa**

Con este criterio alegamos que este aspecto es relevante pues toma como idea, por ejemplo, cuánto fue lo que dejó de percibir por dedicarse al cuidado de los hijos y a su hogar.

Consideramos que es importante que el juez al momento de evaluar la fijación de la cuantía debe tomar en cuenta cuáles son las posibilidades efectivas de que uno de los esposos – más perjudicado – acceda a un trabajo, debiendo analizar otros criterios, como la edad y el estado de salud, ya que de ello dependerá en gran manera la posibilidad de que pueda trabajar o no.

Nos adherimos a la posición del derecho español, en cuanto contempla que al referirse a la capacidad de trabajar o reanudar el trabajo, se debe contemplar la edad y el estado de salud, por cuanto serían determinantes a las necesidades del cónyuge perjudicado (Zarraluqui, 2005).

Con respecto, a la cualificación profesional, se debe considerar si es que alguno de esposos contaba con alguna profesión o si no lo tenían. Incluso, es preciso tomar en consideración si es que sería posible adquirirla, completarla o especializarla, esto en aras de mejorar su situación económica. Este criterio también guarda relación con la edad, el estado de salud y aptitudes de cada consorte.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

En España, respecto a este punto, la doctora Saura (2004), señala que:

la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, circunstancias ambas en íntima relación exigen capacidades casi proféticas o adivinatorias al juez, pues, en los tiempos que corren, por muy cualificado profesionalmente que esté el acreedor de la pensión, la aleatoriedad de acceso a un empleo es más que probable (p. 153).

Citamos, por ejemplo, el argumento de la jueza de España en la sentencia 237/2016, en la que remarcó que en el presente caso se hablaba de una reinserción progresiva al mercado laboral y que la cónyuge afectada dictaba clases particulares, así como también hacía limpieza en domicilios, actividades que no generaban muchas ganancias, por ende, no podían ser consideradas como una total reinserción al ámbito laboral. Además, ella se había dedicado durante siete años al cuidado de su hogar sin que se haya desempeñado laboralmente y tomando en cuenta su edad y preparación podía volver a trabajar, pero de forma progresiva; para ello se estableció una pensión compensatoria, pero de forma temporal (Yagüe, 2017).

En tal sentido, afirmamos que no debería caber la posibilidad de negarse la indemnización por el simple hecho de que el cónyuge perjudicado superara la inestabilidad económica al reinsertarse al mercado laboral, debiendo analizarse otros aspectos.

**d. La edad y salud de cónyuge que ostenta el desequilibrio económico**

Este criterio es tomado en cuenta por cuanto varón y mujer al contraer matrimonio, como podemos evidenciar en nuestros hogares o de otros, en una situación mayormente repetitiva la mujer es la que se queda a cargo del cuidado de los hijos y del orden del hogar, siendo el varón quien se encarga de buscar un empleo o desarrollar una profesión para aportar económicamente al hogar. Debemos hacer hincapié que la labor de la mujer dentro del hogar a las labores que realiza el varón al ejercer un empleo.

Tras la ruptura de la unión matrimonial, tras largos años de haber cohabitado, la mayoría de edad es la situación más difícil que le toca pasar al cónyuge más perjudicado en aras de conseguir un empleo, luego de haberse ocupado durante muchos del cuidado de la casa, de los hijos o en todo caso de ambos, más aun si dicha esta persona no cuenta con ninguna carrera profesional o carrera técnica, ni mucho menos cuenta con ningún tipo de experiencia laboral ya que a raíz de la dedicación del hogar la misma ha estado inactiva en el desarrollo de sus habilidades y capacidades.

No solamente el cónyuge perjudicado, tras la disolución de su vínculo matrimonial, que llega a la vejez puede resultar inhabilitado para en el acceso a un empleo, hay que precisar que antes de los 60 años, sea esto desde 40, con el nivel competitivo que existe ahora, una persona sin experiencia, sin capacitación y especialización, le resultaría difícil para acceder a un empleo, al menos conseguirlo de manera inmediata.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

No obstante que, para realizar una actividad lucrativa, sea través de un negocio o con la consolidación de una carrera técnica tardía, a fin de subsistir, ya que nunca es tarde para lograr algo, hay que tener en cuenta que a raíz de que pasan los años para una persona, la con condiciones físicas y mentales van en descenso, siendo en algunas situaciones graves, lo cual podría serle impedimento de poder ejercer una actividad lucrativa.

Con respecto a estos dos criterios desarrollados individualmente, conforme lo señala Varsi (2012) la edad y el estado de salud, “a efectos de la eventual concesión de una compensación por desequilibrio radica en la capacidad productiva, la fuerza de trabajo y las expectativas de rentabilidad en el tiempo” (p.668).

Asimismo, Corral respecto a la edad y salud de cónyuge beneficiario refiere que “aunque no se trate propiamente de una prestación alimenticia, es claro que aquí el juez debe incrementar la cuantía de la compensación cuando se trate de cónyuges de edad avanzada o con salud inestable o quebrantada” (citado por Lepin, 2008, p.73).

Asimismo, estos dos criterios son justificados de manera lógica a efectos de incrementar la cuantía indemnizatoria a favor del consorte más perjudicado, en cuanto estos impactan de forma negativa en la calidad de vida de los cónyuges. Los jueces de Familia deben aumentar la cuantía indemnizatoria cuando el cónyuge perjudicado resulte ser una persona de edad avanzada o salud delicada; bajo la lógica de que, mientras mayor sea el cónyuge más

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

perjudicado mayor debería ser la cuantía indemnizatoria. Así también, si esta persona no ostenta buena salud, la cuantía indemnizatoria deberá ser más elevada con relación a la de una persona que se encuentra en buen estado de salud.

Finalmente, consideramos que se pueda adoptar como medida en el proceso de divorcio por separación de hecho, por parte de los Juzgadores, para el cónyuge que ostenta inestabilidad económica con relación al otro, la cual se encuentra en avanzada edad, asimismo, para aquella que se encuentra con una enfermedad terminal o cualquier enfermedad que necesite atención permanente y tratamiento de ser el caso, no perder el seguro de salud con el divorcio, esto es, que perdure este derecho en favor de dicha persona, por cuanto sería una forma de sostenerse o mantenerse protegida antes las futuras adversidades recaídas en la avanzada edad y las enfermedades que siempre están presentes en la persona, más aún si se tiene en cuenta que dicha persona no cuenta con recursos, siendo necesario por ser de justicia mantener dicho derecho al seguro, en aras de que no sufra un mayor perjuicio para su salud y recorte su periodo de vida.

Rescatamos, de lo antes mencionado, un valioso referente jurídico, el cual recae en la Casación N°405-2013, en donde la sala civil permanente de la Corte Suprema del Perú, resuelve no casar la sentencia de vista en donde se había fijado como indemnización la suma de S/.20 000.00 soles en amparo del artículo 345-A del Código Civil, que se mantenga la pensión de alimentos y que se continúe con atención médica a favor de la ex cónyuge

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

en la Sanidad de la Policial, ello, en mérito a lo que conforme se desprende de la referida Casación la ex cónyuge venía padeciendo una enfermedad (Virus del Papiloma Humano) y viene siendo tratada; si bien cierto se advierte de la sentencia que la sala si imputó al marido haber contagiado dicha enfermedad a su mujer, también dicha mujer no cuenta con un trabajo estable y dada a su edad le será complicado sobresalir profesionalmente, siendo bajo ese argumento la cónyuge más perjudicada (Calisaya, 2016). Al respecto, lo más importante que se rescata de citada casación, es un gran avance judicial al determinarse, por ser de justicia, la prevalencia del seguro de salud a favor de la cónyuge más perjudicada, por cuanto necesitaba, dada su condición de salud y edad, siendo necesario la constante expedición de este tipo de referentes jurídicos.

### **e. La eventual pérdida de los derechos previsionales**

Nuestra Constitución Política, en el artículo 10° dispone que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Conforme se ha venido desarrollando; después que una pareja contrae matrimonio, uno de los cónyuges es quien asume la dedicación al hogar y al cuidado de los hijos, mientras que el otro cónyuge se dedica a trabajar.

Situación que como se puede inferir queda en desbalance, la situación de uno de los cónyuges con relación del otro, en este caso nos referimos a la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

imposibilidad de uno de los cónyuges de poder acceder, a futuro, al derecho de una pensión.

Debemos tener en cuenta que una de las consecuencias del divorcio, vinculados al derecho previsional, es que, a causa de tal acontecimiento, uno de los cónyuges pierde su derecho al seguro social. Esta situación es relevante, dado que, uno de los cónyuges dependa del derecho previsional de otro. Ante ello el cónyuge más perjudicado estará obligado a incurrir en gastos.

### **f. La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge**

Este criterio como podemos advertir, debe ser tomado en cuenta con la finalidad de fijar la cuantía indemnizatoria a favor del cónyuge más perjudicado, tras la separación de hecho y el divorcio, puesto que en muchas y reiteradas ocasiones dicho cónyuge con la finalidad de mejorar para sí y su familia, la calidad de vida familiar, en su nueva etapa de casado, se ve obligado a renunciar a sus aspiraciones personales o resignarse por empezar a desarrollarlos con el fin de colaborar total o parcialmente en el desarrollo económico de una empresa familiar o en las actividades económicas de su cónyuge, sin retribución económica alguna, por lo que posterior al divorcio, le va a generar serios problemas económicos.

Así, Saura (2004) analizando la doctrina española, ha señalado varias circunstancias no consideradas con respecto al criterio que venimos

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

desarrollando, de todas ellas mencionaremos solo algunas, las cuales nos parecen importantes, siendo estas:

- El apoyo, durante el matrimonio, prestado por uno de los cónyuges hacia el otro con la finalidad de que este último pueda consolidar su formación académica o laboral
- Pérdida para este cónyuge, de una posible oportunidad laboral, que abandonó para dedicarse a los hijos o contribuir a la empresa familiar de ser el caso, así como la pérdida evidente de sus derechos laborales.

Conforme a lo referido anteriormente, podemos afirmar que este criterio no solo se tomará en cuenta en su aplicación, cuando unos de los cónyuges haya colaborado en las actividades económicas del otro cónyuge, sino también, se deberá tomar en consideración el desprendimiento económico que realiza con mucho esfuerzo y dedicación a efectos de ver la superación de su cónyuge, con la visión de que este pueda sacar adelante a toda la familiar, situación en la que no se ve obligado a trabajar, sino más bien le da la oportunidad de concluir con sus estudios.

Asimismo, para cerrar la idea con respecto a este criterio, las colaboraciones prestadas por el cónyuge más perjudicado al favor del otro deben ser concretamente acreditadas y distintas a la dedicación del hogar y del cuidado los hijos, puesto que son criterios distintos y que son fijados indistintamente para ser cuantificados; esto debido a que en muchas ocasiones uno de los cónyuges se dedica a las labores del hogar, así como colabora con el otro cónyuge a cumplir con su trabajo, o lo ayuda en su

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

mejoría y desarrollo como profesional. Por lo que, si se evidencia en uno de los cónyuges, un desequilibrio económico a raíz de que apoyo al otro cónyuge en sus labores, permitiéndole incrementar su capacidad económica, o contribuyo en su desarrollo y mejoría como profesional, ante tal situación el cónyuge perjudicado tiene derecho a percibir una indemnización.

Finalmente, el juez de familia deberá considerar que, tras el divorcio, uno de los cónyuges pierde su derecho a la pensión de viudez, así como considerar que este pierde su derecho a ser beneficiario de la seguridad social al no figurar ya como cónyuge. Para el caso de fijar la cuantía indemnizatoria, esta no debe ser calculada en relación al monto de la pensión perdida por la proyección de sus años de vida, por cuanto no puede conocerse si dicho cónyuge verdaderamente hubiera gozado de una pensión en caso de no haberse dado el divorcio. Por el contrario, dicho criterio deberá ser considerado para la indemnización como una oportunidad perdida de parte de uno de los cónyuges, puesto que perdió la ocasión o la elección de adquirir en su momento el derecho a una pensión.

## V. CONCLUSIONES

1. La naturaleza jurídica de la indemnización por causal de separación de hecho es de obligación legal indemnizatoria destinada a evitar desigualdades económicas patrimoniales manifiestas entre los cónyuges; por ende, debe prescindirse de todas aquellas posiciones que le otorgan un carácter de responsabilidad civil.
2. La causal de separación de hecho pertenece al divorcio – remedio, es decir, no se atribuye culpa ni dolo a ninguno de los cónyuges, por ende, no se analiza los elementos de la responsabilidad civil. Asimismo, la indemnización que emana del artículo 345 – A es de carácter obligacional, ya que es impuesto por ley, cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica.
3. El daño moral y el daño al proyecto de vida matrimonial no deben ser considerados como fundamentos a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria a favor del cónyuge perjudicado puesto que dichos conceptos deben aplicarse en relación a los elementos de la responsabilidad civil.
4. La indemnización por daño moral al cónyuge inocente, en los supuestos jurídicos que se abordan en el divorcio sanción, únicamente será amparable cuando dichos daños sean ocasionados por conductas imputables a uno de los cónyuges (cónyuge culpable); lo que no sucede en los tipos de divorcio remedio (separación de hecho). Por otro lado, el daño al proyecto de vida matrimonial es una figura inaplicable en la separación de hecho por cuanto ha sido vetada por el Tercer Pleno

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

debido a su dificultad para ser cuantificada y que también responde a la existencia de un factor de atribución.

5. La indemnización por daños que refiere el artículo 345 – A del Código Civil tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, entendido como el desequilibrio económico.
6. El desequilibrio económico es un supuesto básico para otorgar la indemnización, entendida como el empeoramiento de la situación económica de uno de los cónyuges con respecto al otro, tras la separación de hecho y el divorcio, lo cual no le permitirá afrontar las adversidades que se le presentarán.
7. El razonamiento de los jueces especializados de Familia de Chimbote, en sus fallos emitidos en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, a efectos de fijar el monto indemnizatorio únicamente se limita a determinar el daño moral, apartándose del espíritu de la norma contenida en el art. 345- A que tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; debiéndose cuantificar dicha inestabilidad en mérito a criterios.
8. El juez al momento de fijar la cuantía indemnizatoria, debe tomar en cuenta criterios que deben ser debidamente acreditados con el fin de velar por la inestabilidad económica del cónyuge perjudicado a causa de la separación o el divorcio.
9. Con los criterios consistentes en el patrimonio e ingresos de los cónyuges posterior al divorcio, duración de la relación conyugal, posibilidades de acceso al mercado laboral o desarrollo de actividad lucrativa, la edad y

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

salud del cónyuge que ostenta el desequilibrio económico, la eventual pérdida de los derechos previsionales, la colaboración que hubiera prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge, entre otros criterios que el juez considere pertinente al caso concreto, contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

10. Las deficiencias legales que subyacen del Pleno, están referidas al contenido esencial de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, puesto que no existe un desarrollo jurídico, doctrinario y jurisprudencia al respecto, lo cual genera ciertas dudas, de su aplicación al caso en concreto.
11. Se ha eliminado la concepción de que la responsabilidad por los daños acaecidos en el núcleo familiar no es indemnizable, por lo tanto, debe entenderse que dicha responsabilidad se funda en el principio general del derecho *alterum non laedere*; el cual exige el no dañar a otros injustificadamente; además nuestro sistema jurídico en el artículo 1969 del Código Civil reconoce este principio.
12. Respecto a la causal de separación de hecho, existe una excepción, esto por cuanto, al ser una causal objetiva donde no media la culpa de ninguno de los cónyuges, no podemos alegar dicho resarcimiento; para ello, existe la figura de la obligación legal indemnizatoria por el desequilibrio económico acaecido por la separación.
13. Es importante identificar la naturaleza jurídica de la indemnización que emana del artículo 345 – A para establecer cuáles serían las normas supletorias que se aplican en sus variados problemas.

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

- 14.** Debe entenderse al resarcimiento como una categoría que se aplica en aquellos casos en que un sujeto haya incumplido una obligación preestablecida por contrato o ley (contractual), y a la indemnización como una compensación económica otorgada por consecuencia de un desequilibrio económico.
- 15.** El presupuesto para que se conceda una indemnización es la existencia de un desequilibrio económico. Así, este desequilibrio o perjuicio económico será el elemento sustancial para la determinación, en el caso concreto, concurre o no derecho a reclamar y obtener la pensión compensatoria.
- 16.** Para fijar la indemnización, como exige el artículo 345-A del Código Civil, el juez debe identificar quién de los cónyuges se encuentra en mayor desventaja económica tras la separación. En ese sentido no se analiza el daño a la persona u otro tipo de daño derivado de este, sino la inestabilidad económica de uno de los cónyuges en comparación a la mantenida durante su convivencia matrimonial.
- 17.** Para identificar al cónyuge perjudicado, se debe tener en cuenta solo del fundamento 50 del Pleno Casatorio, a aquel cónyuge que se haya dedicado al cuidado de sus hijos y a su hogar quedando en una situación económica de desventaja en relación a la mantenida durante su convivencia matrimonial, más no otras circunstancias vinculadas al resarcimiento por daño moral.
- 18.** El elemento subjetivo de la separación de hecho únicamente es considerado para determinar la improcedencia de la demanda de divorcio y no para ser considerado como justificación de que existe dolo o culpa,

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

dado que la naturaleza misma de esta causal, no admite culpabilidad alguna atribuible a uno de los cónyuges.

- 19.** La separación de hecho es la situación de facto en que se hayan los cónyuges al quebrantar de forma permanente el deber de cohabitación, sin que exista una causa que justificada que imponga a los esposos dicha separación, no existiendo de forma previa tampoco una decisión judicial.
- 20.** Es necesario proponer criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, a fin de identificar y unificar conceptos, ideas y posiciones jurídicas, que nos permitan una adecuada administración de justicia.

**VI. RECOMENDACIONES**

1. Sensibilizar a los magistrados sobre el concepto de daños derivados de las relaciones familiares. En el sentido, que distingan el tipo de daño que se deriva de las causales culposas, establecidas en los incisos 1 al 10 del artículo 333 del Código Civil en comparación al “daño” (inestabilidad económica) que emana del artículo 345-A del Código Civil respecto a la causal de separación de hecho – inciso 12 del artículo 333 del Código Civil.
2. Fomentar en los juzgadores al correcto análisis de la naturaleza jurídica de la indemnización en estudio, tomando en consideración doctrinas comparadas que sean las más apropiadas a fin de realizar un adecuado desarrollo jurídico en sus sentencias y lograr alcanzar la justicia.
3. Reconocer que el Tercer Pleno Casatorio Civil conlleva algunas contradicciones; sin embargo, dentro del mismo existen muy acertados fundamentos en cuanto al análisis de la indemnización en estudio; por ende, debería realizarse la incorporación de un artículo al Código Civil respecto a los criterios que permitan fijar el monto de la indemnización en la causal de separación de hecho; obrando dicho artículo en un Proyecto de Ley que se anexa a la presente investigación.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES

### 7.1. LIBROS

Acedo, Ángel y Pérez, L. (2009). *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*. Argentina: Zavalía.

Aguilar, B. (2010). *El derecho de familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Ediciones Legales.

Alfaro, L. (2011). *La indemnización en la separación de hecho. Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Alfaro, L. (2012). *Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho ¿será realmente una forma de responsabilidad civil?* En: Libro de Especialización en Derecho de Familia. Lima. Fondo Editorial del Poder Judicial.

Algarra, E. (2012). *Incumplimiento de deberes conyugales y Responsabilidad Civil*. En Moreno Martínez, Juan A. (Coord.). *La responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares*. Madrid: Dykinson

Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Lima: Grijley.

Arias-Schreiber, M. (2002). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984 T. VII- Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Barberá (2003). *La pensión compensatoria. Naturaleza jurídica. Límite temporal*. Revista de Derecho vLex, Núm. 6, ID vLex 184595.

Becerra, O. (2012). *Elaboración de Instrumentos de Investigación*. Caracas

Belío, A. (2013). *La pensión compensatoria*. Tirant Lo Blanch: Valencia.

Beltrán, J. (2010). *Eclipse: cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil*. En: Dialogo con jurisprudencia. N° 143. Lima: Gaceta Jurídica.

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

- Bossert, G. y Zannoni, E. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. 6ta Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Campuzano, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*. 3ra edición. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- Canales, C. (2017). *Precedentes vinculantes para la separación de hecho. A propósito del Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema*. En: Manual práctico para abogados de divorcio. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cayro, R. (2012). *La responsabilidad civil derivada del divorcio. Daños en la causal de Separación de Hecho*. En: Libro de Especialización en Derecho de Familia. Lima. Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Cardenas, C. (1994). *Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984*. Lima: Jurídicas.
- Cardenas, L. (2013). *El Divorcio en la legislación Doctrina y Jurisprudencia – Causales, proceso y garantías*. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil.
- Carreón, J. (2012). *La indemnización del daño en los procesos de divorcio por separación de hecho*. En: Libro de Especialización en Derecho de Familia. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Chang, G. (2014). *El daño moral y la apuesta por su presunción*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Corral, H. (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Traducción de Angel Martinez Sarrión. Barcelona: Editorial Bosh.
- Dutto, R. (2006). *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Hummurabi.

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

- Espinoza, J. (2011). *Derecho de Responsabilidad Civil*. 6° ed. Lima: Editorial Rodhas SAC.
- Fernández, C. (1990). *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima: Universidad de Lima.
- Ferrer, J. (2014). *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*. Barcelona: Atelier. (traducido)
- García, M. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Herane, F. (2007). *Reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales*, en Corral T., H; Rodríguez P., M. S. (Editores), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, Chile: LexisNexis.
- Hernández, R., Fernández, C., Baptista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. 5° ed. McGraw-Hill.
- Hernández, R., Fernández, C., Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. 6° ed. México: Interamericana Editores S.A. de C.V.
- Hoya, J. y Anaut, S. (2000). *La Pensión Compensatoria*. Estudios Jurídicos. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1.873.
- Lazarte, C(ed.), Moretón, M. (2006). *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las reformas del Derecho de Familia*. Madrid: Editorial IDADFE, UNED y El Derecho Editores.
- León, L. (2004). *La Responsabilidad Civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Normas Legales.
- León, L. (2007). *Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas. Segunda edición*. Lima: Jurista Editores

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

- Martínez, C. (2008). *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. Madrid: Colex
- Martínez, C. (2013). *Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio. En curso de Derecho Civil IV*. Derecho de familia. Madrid: Editorial Colex.
- Maturana, M. (2004). *Algunos aspectos procesales de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. En Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947. Chile: Colegio de Abogados, Santiago.
- Medina, G. (2006). *Daños en el Derecho de Familia*. (2da ed). Rubinzal Culzoni Editores.
- Medina, G. y Roveda, E. (2016). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mendoza, M. (2002). *Separación de hecho: Interpretación, aplicación y constitucionalidad a propósito de la ley 27495*. Revista Jurídica del Perú. Lima, año LII, Tomo 30.
- Miguela, C. (2010). Il risarcimento del danno derivante del c.d. illecito endofamiliare. *Responsabilità Civile e Previdenza*, (75) 1.
- Montero, J. (2006). *Separación y Divorcio, tras la Ley 15/2005*. Valencia: editorial Tirant Lo Blanch.
- Morales, R. (2006). *Estudios sobre la teoría general del contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Morales, R. (2011). *Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el tercer pleno casatorio*. Lima. Diálogo con la Jurisprudencia, N.º 153, p. 56
- Ojeda, L. (2009). *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*. Lima: Motivensa SRL.

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

- Orrego, J. (2004). *Apuntes sobre la compensación económica*. Revista de Derecho de la Facultas de Ciencias Jurídicas de la Universidad Finis Terrae, año VIII, número ocho.
- Osterling, F. y Castillo, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. 4ta parte. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Packer, M. (2003). *La investigación hermenéutica en el estudio de la conducta humana*. California.
- Pereda, F. y Vega, F. (1994). *Derecho de Familia*, Barcelona, Editorial Praxis, S.A.
- Peralta, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. 4°ed. Lima: Idemsa.
- Plácido, A. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. 2da edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2003). *La separación de hecho: ¿Divorcio – culpa o divorcio – remedio?* Lima: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 55.
- Quispe, D. (2002). *Nuevo régimen familiar peruano*. Cuzco: Cultural Cuzco.
- Ramos, C. (2007). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica. 4ta Ed.
- Sambrizzi, E. (1999). *Separación personal y divorcio*. Buenos Aires: Abeledo-perrot
- Saura, B. (2004). *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Severín, G. (2015). *Indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio*, en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil, Familia y Derecho Sucesorio*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago.

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

- Solis, A. (2001). *Metodología de la Investigación Jurídica Social*. Lima: Editorial B y B.
- Taboada, L. (2001). *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley.
- Taboada, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil*. Lima: Grijley.
- Tapia, M. (2009). *El Divorcio en el Derecho Chileno. El divorcio en el Derecho Iberoamericano*. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Editorial Temis S.A., Editorial Ubijus Editorial Reus Zavalía.
- Tapia, M. (2015). *Aproximación crítica a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales*. En Vidal, A.; Severin, G. y Mejías, C. (edits.), *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago, Thomson Reuters.
- Torres, M. (2016). *La responsabilidad Civil en el Derecho de Familia. Daños derivados de las relaciones familiares* Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Vargas, D. (2009). *Daños civiles en el matrimonio*. Madrid: La ley
- Varsi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.
- Varsi, E. (2007). *Los derechos de la persona, el proyecto de vida y el deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos FERNANDEZ SESSAREGO*. Lima: Jurídica, Suplemento de análisis legal del diario oficial “El Peruano”, Año 3.
- Varsi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.
- Vásquez, R. (1993). *Responsabilidad por daños. (Elementos)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Vidal, Á. (2006). *La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil, en El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio*. Santiago: Jurídica de Chile.

### 7.2. REFERENCIAS VIRTUALES

Allueva, L. (2015). *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar. Validez y eficacia de la renuncia anticipada a la prestación compensatoria en pactos en previsión de ruptura matrimonial*. Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/293264/tlaa.pdf?sequence=1>.

Andreucci, R. (2008). *El menoscabo económico y el art. 62 de la ley de matrimonio civil*. Recuperado de [www.uvm.cl/derecho/articulosacad.shtml?cmd%5B197%5D=i-19740d365d96c6e0814bd7b203dba82de40](http://www.uvm.cl/derecho/articulosacad.shtml?cmd%5B197%5D=i-19740d365d96c6e0814bd7b203dba82de40) Consultado el 02 de mayo de 2019.

Barcía R. y Rivero J. (2015). *¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?* Ius et Praxis (21).2. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122015000200002&script=sci\\_arttext](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122015000200002&script=sci_arttext)

Cabello, C. (s.f). *Las nuevas causales de Divorcio en discusión: ¿Divorcio remedio en el Perú?* Recuperado de [http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-02\\_%20nuevas\\_causales\\_divorcio\\_210208.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-02_%20nuevas_causales_divorcio_210208.pdf)

Casals, M. y Ribot, J. (2011). *Daños en el derecho de familia: un paso adelante, dos atrás*, ADC, (64). Estudio Monográfico. En la incidencia del derecho de

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

daños en el derecho de familia. Recuperado de <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/30973/1/TFG-N.950.pdf>

Carreño, L. (2018). *El “desequilibrio manifiesto” en la compensación económica del derecho de familia.* Recuperado de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/13944>

Cornejo, M. (2012). *Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia.* Recuperado de [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112811/de-cornejo\\_m.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112811/de-cornejo_m.pdf?sequence=1).

Daudé, J. (2013). *L’appréciation de la disparité créée para le divorce dans le cadre d’une prestation compensatoire.* Village de la Justice. Recuperada de <http://www.village-justice.com/articles/appreciation-disparite-creee-divorce,13919.html>.

De Verda, J. (2007). *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales.* Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2250847>

Feres, L. (2014). *La doble reparación del cónyuge víctima en el divorcio por culpa.* Recuperado de [http://repositorio.uft.cl/bitstream/handle/20.500.12254/223/FERES\\_LORENZO%20%202014.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uft.cl/bitstream/handle/20.500.12254/223/FERES_LORENZO%20%202014.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Fernández, G. (2015). *Tutela y remedios: La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa.* Recuperado de: [https://works.bepress.com/gaston\\_fernandez\\_cruz/21/](https://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/21/)

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Fernández, C. (s.f). “*¿Existe un daño al proyecto de vida?*” Recuperado de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>

Fernández, C. (s.f). *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona.* Recuperado de [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_9.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_9.PDF)

Gandolla, J. (2001). *Daños en las Relaciones de Familia.* Recuperado de [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111576/de-Moontecicos\\_b.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111576/de-Moontecicos_b.pdf?sequence=1)

León, L. (2008). *Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de la magistratura peruana.* Recuperado de <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Leon.pdf>

Lepin, C. (2008). “*La pensión compensatoria en el derecho español*”. Recuperado de <https://revistaeggp.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18674/28615>

Lepin, C. (2008). *Efectos patrimoniales de la terminación del Matrimonio: la compensación económica.* Recuperado de [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106722/delepin\\_c.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106722/delepin_c.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Loayza, A. (2006). *La política educativa del Estado peruano y las propuestas educativas de los colegios San Carlos y Nuestra Señora de Guadalupe.* Recuperada de: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/2141>

Marcello, M. (2015). *La Pensión por Desequilibrio en la actual regulación del Código Civil.* Recuperado de [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/127344/1/TG\\_Marcello dela Pena\\_Pension.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/127344/1/TG_Marcello dela Pena_Pension.pdf)

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Medina, G. (2012). *Daños en el Derecho de Familia*. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/59441829/Danos-en-el-Derecho-de-Familia-Graciela-Mediana>.

Medina, G. (2012). *Compensación económica en el proyecto del Código*. Recuperado de: <http://www.gracielamedina.com/compensacion-economica-en-el-proyecto-de-codigo/>

Medina, G. (2015). *Daños en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial Unificado. Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*. Recuperado de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/medina.pdf>.

Monroy, R. (2015). *Viendo más allá de la falsa sinonimia entre el “Resarcimiento” e “Indemnización”. A propósito de la negación de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral*. Recuperado de: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion\\_10/articulos/6\\_Viendo%20mas%20alla%20-%20Renzo%20Monroy.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_10/articulos/6_Viendo%20mas%20alla%20-%20Renzo%20Monroy.pdf)

Morales, J. (2007). *El daño a la persona en la jurisprudencia nacional e internacional*. Recuperado de: <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10310/9041>

Novales, A. (2008). *Responsabilidades Especiales ¿Debería haber en el Derecho Matrimonial mecanismos reparatorios?* Recuperado de <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/05.pdf>

Osterling, F. y Castillo, M. (2003). *Responsabilidad civil derivado del divorcio*. Recuperado de:

“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

[https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/responsabilidad\\_civil\\_derivada\\_del\\_divorcio.pdf](https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf)

Osterling, F. (2004). *El Rol de los Abogados ante los Poderes del Estado*.

Recuperado de

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Revista%20La%20Toga.nov%2004.pdf>

Pitronello, N. (2012). *Compensación económica, menoscabo y cuantía en la*

*jurisprudencia chilena de familia*. Recuperado de

<http://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/7077/DERPitronello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ramos, R. (2007). *Derecho de Familia*. Recuperado

de:<https://es.slideshare.net/carlosaguayocardenas/derecho-de-familia-tomo-i-ren-ramos-pazos-41672072>

Regan, M. (1999). *Alone Together (Law and the Meanings of Marriage)*. Oxford

University Press. New York/Oxford. Recuperado de

[https://books.google.com.pe/books?id=P1TnCwAAQBAJ&pg=PR4&lpg=PR4&dq=Alone+Together+\(Law+and+the+Meanings+of+Marriage\).+Oxford+University+Press&source=bl&ots=DupLvqYuOq&sig=ACfU3U1EZsKEqzdGA9PypVNHkj8dW5kfZg&hl=qu&sa=X&ved=2ahUKEwjY6p7u-9jiAhWMv1kKHeDvCkwQ6AEwBXoECAkQAQ#v=onepage&q=Alone%20Together%20\(Law%20and%20the%20Meanings%20of%20Marriage\).%20Oxford%20University%20Press&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=P1TnCwAAQBAJ&pg=PR4&lpg=PR4&dq=Alone+Together+(Law+and+the+Meanings+of+Marriage).+Oxford+University+Press&source=bl&ots=DupLvqYuOq&sig=ACfU3U1EZsKEqzdGA9PypVNHkj8dW5kfZg&hl=qu&sa=X&ved=2ahUKEwjY6p7u-9jiAhWMv1kKHeDvCkwQ6AEwBXoECAkQAQ#v=onepage&q=Alone%20Together%20(Law%20and%20the%20Meanings%20of%20Marriage).%20Oxford%20University%20Press&f=false). (traducido)

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de

la Nación Argentina (2015). *Consulta destacada Jurisprudencia*.

“*Compensación Económica*”. Recuperado de

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2015.09.%20Compensaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.pdf>.

Troncoso, H. (2006). *Derecho de Familia* - Décimo cuarta edición. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/333273612/DERECHO-de-FAMILIA-Hernan-Troncoso-Larronde>.

Valdivia, M. (2013). *Análisis Jurisprudencial de la Compensación Económica en el Divorcio y la Nulidad en el Matrimonio Civil Chileno*. Recuperado de [repositorio.unab.cl/xmlui/handle/ria/1313](http://repositorio.unab.cl/xmlui/handle/ria/1313)

Vargas, D. (2015). *Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio*. *Ius et Praxis*, (21)1. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122015000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000100003).

Vidal, A (s.f). *La compensación económica en la ley de matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?* Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1943/23.pdf>

Vidal, A. (2008). *Noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura Matrimonial*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI*. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106891>.

Vivas, I. (2011). *Daños en las relaciones familiares*. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/270024715>

Zarraluqui, L. (2005). *La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución*. Recuperado de [http://www.nuevodivorcio.com/pension\\_compensatoria.pdf](http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf) (consultado el 18 de mayo de 2019).

### 7.3. TESIS

- Andía, A. (2016). *“La separación de hecho, como causal objetiva del divorcio remedio, Huancavelica – 2015”* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Huancavelica. Recuperado de <http://repositorio.unh.edu.pe/handle/UNH/1020>
- Ataupillco, M. (2016). *“Las sentencias de divorcio sobre separación de hecho”* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Recuperado de [http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/1810/TESIS%20D73\\_Ata.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/1810/TESIS%20D73_Ata.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Armas, J. (2010). *“Las consecuencias indemnizatorias de la separación de hecho en el derecho peruano”* (tesis de doctorado). Universidad San Martín de Porres. Recuperado de [http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo\\_de\\_investigacion/2010/CONSECUENCIAS\\_INDEMNISATORIAS\\_SEPARACION\\_HECHO.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2010/CONSECUENCIAS_INDEMNISATORIAS_SEPARACION_HECHO.pdf)
- Armas, R. (2018). *“La derogación de la causal de Separación de Hecho por vulnerar el principio de protección de la familia en el distrito judicial de Tacna 2015”* (tesis de pregrado). Universidad Privada de Tacna. Recuperado de: [http://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/UPT/574/6/Armas\\_Cruz\\_Eduardo.pdf](http://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/UPT/574/6/Armas_Cruz_Eduardo.pdf)
- Arteaga, A. (2018). *“La responsabilidad civil extracontractual para determinar la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho”* (tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Recuperado de <http://tesis.usat.edu.pe/xmlui/handle/usat/1254?locale-attribute=fr>

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

- Calisaya, M. (2016). *“La indemnización por inestabilidad económica tras la separación de hecho: criterios para la Identificación del cónyuge más perjudicado”* (tesis de magister). Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8515>
- Espinola, E. (2015) en su tesis titulada: *“Efectos jurídicos de aplicar lo prescrito en el artículo 345°-A del Código Civil, en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho luego del Tercer Pleno Casatorio”* (tesis de pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego. Recuperado de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/1242>
- García, D. (2014). *“Reflexiones sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio, a la luz del Tercer Pleno Casatorio Civil”* (tesis de pregrado). Universidad de Piura. Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2035>
- Huaman, Y. (2012). *“Ejecución de la indemnización para el cónyuge perjudicado, como consecuencia de la causal de la separación de hecho, en el juzgado de familia de la Corte Superior de Huancavelica durante el año – 2012”* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Huancavelica. Recuperado de <repositorio.unh.edu.pe/handle/UNH/370>
- Monzón, P. (2008). *“La indemnización por daños en el divorcio por causal de separación de hecho”* (tesis de magister). Universidad Nacional del Altiplano – Puno. Recuperado de: <repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/799>
- Naveira, M. (2004). *El resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*. Universidad Da Coruña. España. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/61896494.pdf>

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Reyes, E. (2016). “*La indemnización al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho. A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N.º 00782-2013-PA/TC de 25 de marzo de 2015*” (tesis de pregrado). Universidad de Piura. Recuperado de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2484/DER\\_058.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2484/DER_058.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Ruiz, E. (2013). “*Naturaleza jurídica de la asignación otorgada al cónyuge perjudicado en el divorcio por la causal de Separación de Hecho*” (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Cajamarca. Recuperado de [repositorio.unc.edu.pe/handle/UNC/331](https://repositorio.unc.edu.pe/handle/UNC/331)

### 7.4. REVISTAS FÍSICAS Y ONLINE

Aparicio, E. (1999). La pensión compensatoria. *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, ISSN 1139-5168, (5), 23-66. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4287711>

Barcía, R y Riveros, C. (2011). El carácter extrapatrimonial de la compensación económica. *Revista chilena de derecho*, 38(2), 249-278. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000200004>

Caballero, H. (2010). La indemnización en los procesos de divorcio por separación de hecho”. ¿Está en función del daño al proyecto de vida matrimonial o es necesario que se acredite la existencia de daños físicos o psicológicos? en *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*. (15) 138. Lima.

Cabello, C. (2001). Divorcio ¿remedio en el Perú? *Revista de Derecho PUC*. Recuperado de [revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6528/6609](https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6528/6609)

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Céspedes, C. & Vargas, D. (2008). Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica: la situación en Chile y en España. *Revista chilena de derecho*, 35(3), 439-462. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000300003>

Corral, H. (2007). “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”. *Revista Chilena de derecho*. (34)1. Recuperado de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071834372007000100003&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372007000100003&lng=es&tlng=es). 10.4067/S0718-34372007000100003.

Ferrer J. (2001, setiembre). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4). Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/065\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf).

Corral, H. (2017). Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil en la familia. *Artículo Ius et Praxis*. (23)2. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200121>

León, 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 *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, 104(12), 79.

León, R. & Berenson, R. (1996). Medicina teórica: Definición de la salud. *Revista Médica Herediana*, 7(3), 105-107. Recuperado de [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1018-130X1996000300001&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1018-130X1996000300001&lng=es&tlng=es).

Pariasca, J. (2015). La responsabilidad civil. Presente y distorsiones. *Revista de Investigación Jurídica: IUS en el Ciclo de Conferencia en Derecho por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Pizarro, C. (2009) La cuantía de la compensación económica. *Revista de Derecho*. (XXII)1, 35-54. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v22n1/art02.pdf>

Solis, M. (1997). Apuntes en Torno a la Teoría de la Unificación de la Responsabilidad Civil. *En Revista Derecho & Sociedad*, (12). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1342>

### 7.5. BLOGS

Yagüe. (20 de setiembre de 2017). Pensión compensatoria ¿temporal o vitalicia? (Mensaje en un blog). Recuperado de <https://yagueabogadosdefamilia.com/pension-compensatoria-temporal-o-vitalicia/?cv=1>

Mateo. (11 de enero de 2016). *Se establece pensión compensatoria a favor del esposo*. (Mensaje en un blog). Recuperado de <https://www.mateobuenoabogado.com/pension-compensatoria/>

### 7.6. VIDEOGRABACIÓN

Aguilar, B. (2015). *El TC le ha adicionado un supuesto al Tercer Pleno Casatorio que el PJ había descuidado* [videograbación]. Lima: La Ley.pe. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=MyZktNj08e4>

Campos, H. (2017). *Distinción entre indemnización y resarcimiento* [videograbación]. Lima: Círculo Estudiantil de Derecho – UIGV. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=bV\\_HqZfBi1I](https://www.youtube.com/watch?v=bV_HqZfBi1I).

Morales, H. (2019) *¿Cuál es la diferencia entre resarcimiento e indemnización?* [videograbación]. Lima: IUS IT VERITAS. Recuperado de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

<http://ius360.com/privado/civil/cual-es-la-diferencia-entre-resarcimiento-e-indemnizacion-romulo-morales/>

### **7.7. SENTENCIAS**

#### **7.7.1. Nacionales**

- Poder Judicial

Cas N° 4664-2010-Puno, Salas Civiles Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Tercer Pleno Casatorio Civil.

Cas N° 3387-2013-Apurimac, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Cas N° 4921-2008-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Cas N° 1782-2005-Lima

Cas N° 949-1995-Arequipa

Cas N° 399-2013-Lima

#### **7.7.2. Extranjeras**

- España

Sentencia N° 2954/2015, Sala Primera del Tribunal Supremo

Sentencia N° 917/2008, Sala Primera en lo Civil del Tribunal Supremo

Sentencia N° 434/2011, Sala Primera en lo Civil del Tribunal Supremo

Sentencia N° 1637/2009 del Tribunal Supremo

Sentencia N° 713/15 del Tribunal Supremo

Sentencia N° 657/2016 del Tribunal Supremo del 10/11/2016

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Sentencia recaía en el recurso 444/2006 de la Corte de Apelaciones de Rancagua

- Francia

Sentencia N° 10-25-659 de fecha 26 de octubre de 2010

### 7.8. CONSTITUCION

Constitución Política del Perú de 1993

### 7.9. LEGISLACION

#### 7.9.1. Nacional

Código Civil Peruano

Ley N° 27495, que incorpora la Separación de Hecho como Causal de Separación

de Cuerpos y Subsecuente Divorcio. Recuperado de

[https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/...y.../1\\_Ley\\_27495.pdf](https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/...y.../1_Ley_27495.pdf)

Congreso de la República (2001). “*Memoria de la Comisión de Justicia*

*Legislatura 2000 – 2001*”. Recuperado de:

[https://docplayer.es/94243181-Congreso-de-la-republica-m-e-m-o-r-i-a-de-la-](https://docplayer.es/94243181-Congreso-de-la-republica-m-e-m-o-r-i-a-de-la-comision-de-justicia-legislatura-ediciones-del-congreso-del-peru.html)

[comision-de-justicia-legislatura-ediciones-del-congreso-del-peru.html](https://docplayer.es/94243181-Congreso-de-la-republica-m-e-m-o-r-i-a-de-la-comision-de-justicia-legislatura-ediciones-del-congreso-del-peru.html)

Congreso de la República. *Proyectos de Ley*. Obtenido el 10 de octubre de 2018.

Recuperado de:

<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

(visitada por última vez el 15 de octubre de 2018).

#### 7.9.2. Extranjera

- Argentina

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”**

Código Civil y Comercial de Argentina. Recuperado de [servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm)

Ley 17.711 de 1968. Reforma del Código Civil

Código Civil de Argentina

- Chile

Ley N° 19.947. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>

- España

Ley del Divorcio, Ley 15/2.005 de 8 de junio. Recuperado de [noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/115-2005.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2005.html)

Código Civil Español

- Francia

Ley N° 2004-439 del 26 de mayo de 2004. Recuperado de [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf) (Traducido)

Código Civil Francés

- México

Código Civil Federal de México. Recuperado de [www.oas.org/dil/esp/Código%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Código%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf)

**CUADRO I MATRIZ DE SISTEMATIZACIÓN CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL**

ENUNCIADO DEL PROBLEMA	HIPOTESIS	OBJETIVOS	CONCLUSIONES	RESULTADOS
		<b>OBJETIVO GENERAL</b>		
<p>¿Qué criterios contribuirían a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho con referencia a las sentencias expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote en el año 2018?</p>	<p>Los criterios como el patrimonio e ingresos de los cónyuges después del divorcio, edad y estado de salud, contribuirían a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, con referencia a las sentencias expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote</p>	<p>Fundamentar si los criterios como el patrimonio e ingresos de los cónyuges después del divorcio, edad y estado de salud, contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.</p>	<p>1. La naturaleza jurídica de la indemnización por causal de separación de hecho es de obligación legal indemnizatoria destinada a evitar desigualdades económicas patrimoniales manifiestas entre los cónyuges; por ende, debe prescindirse de todas aquellas posiciones que le otorgan un carácter de responsabilidad civil.                  2. La causal de separación de hecho pertenece al divorcio – remedio, es decir, no se atribuye culpa ni dolo a ninguno de los cónyuges, por ende, no se analiza los elementos de la responsabilidad civil. Asimismo, la indemnización que emana del artículo 345 – A es de carácter obligacional, ya que es impuesto por ley, cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica.                  3. El daño moral y el daño al proyecto de vida matrimonial no deben ser considerados como fundamentos a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria a favor del cónyuge perjudicado puesto que dichos conceptos deben aplicarse en relación a los elementos de la responsabilidad civil.</p>	<p>- La naturaleza jurídica de la indemnización por causal de separación de hecho es de obligación legal indemnizatoria destinada a evitar desigualdades económicas patrimoniales manifiestas entre los cónyuges; por ende, debe prescindirse de todas aquellas posiciones que le otorgan un carácter de responsabilidad civil.                   - El daño moral y el daño al proyecto de vida matrimonial no deben ser considerados como fundamentos a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria a favor del cónyuge perjudicado puesto que dichos conceptos deben aplicarse en relación a los elementos de la responsabilidad civil.                   - La indemnización por daños que refiere el artículo 345 – A del Código Civil tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, entendido como el desequilibrio económico.</p>

“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

	en el año 2018.		<p>4. La indemnización por daño moral al cónyuge inocente, en los supuestos jurídicos que se abordan en el divorcio sanción, únicamente será amparable cuando dichos daños sean ocasionados por conductas imputables a uno de los cónyuges (cónyuge culpable); lo que no sucede en los tipos de divorcio remedio (separación de hecho). Por otro lado, el daño al proyecto de vida matrimonial es una figura inaplicable en la separación de hecho por cuanto ha sido vetada por el Tercer Pleno debido a su dificultad para ser cuantificada y que también responde a la existencia de un factor de atribución.</p>	
		<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b></p>		
		<p>a. Analizar los fundamentos sobre el deber de indemnizar en el derecho de familia.  b. Analizar a través de la doctrina y la jurisprudencia la naturaleza jurídica de la indemnización otorgada en el divorcio por causal de separación de hecho.  c. Identificar las deficiencias del Tercer Pleno Casatorio Civil respecto al desarrollo argumentativo de los criterios que</p>	<p>5. La indemnización por daños que refiere el artículo 345 – A del Código Civil tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, entendido como el desequilibrio económico.  6. El desequilibrio económico es un supuesto básico para otorgar la indemnización, entendida como el empeoramiento de la situación económica de uno de los cónyuges con respecto al otro, tras la separación de hecho y el divorcio, lo cual no le permitirá afrontar las adversidades que se le presentarán.  7. El razonamiento de los jueces especializados de Familia de Chimbote, en sus fallos emitidos en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, a efectos de fijar el monto indemnizatorio únicamente se limita a determinar el daño moral, apartándose del espíritu de la norma contenida en el</p>	<p>- El razonamiento de los jueces de los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote, en sus fallos emitidos en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, a efectos de fijar el monto indemnizatorio únicamente se limita a determinar el daño moral, apartándose del espíritu de la norma contenida en el art. 345- A que tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; debiéndose cuantificar dicha inestabilidad en mérito a criterios.  - Con los criterios consistentes en el patrimonio e ingresos de los cónyuges posterior al divorcio, duración de la relación conyugal, posibilidades de acceso al mercado laboral o desarrollo de actividad lucrativa, la edad y salud del cónyuge que ostenta el desequilibrio económico, la eventual pérdida de los derechos previsionales, la colaboración que hubiera prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge,</p>

“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

<p>contribuyen a cuantificar la indemnización.</p> <p>d. Analizar si en el derecho nacional y comparado se pueden extraer criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho; incluyendo en dicho análisis las sentencias expedidas en los Juzgados Especializados de Familia de Chimbote en el año 2018.</p> <p>e. Proponer criterios que contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de divorcio.</p>	<p>art. 345- A que tiene por finalidad velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; debiéndose cuantificar dicha inestabilidad en mérito a criterios.</p> <p>8. El juez al momento de fijar la cuantía indemnizatoria, debe tomar en cuenta criterios que deben ser debidamente acreditados con el fin de velar por la inestabilidad económica del cónyuge perjudicado a causa de la separación o el divorcio.</p> <p>9. Con los criterios consistentes en el patrimonio e ingresos de los cónyuges posterior al divorcio, duración de la relación conyugal, posibilidades de acceso al mercado laboral o desarrollo de actividad lucrativa, la edad y salud del cónyuge que ostenta el desequilibrio económico, la eventual pérdida de los derechos previsionales, la colaboración que hubiera prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge, entre otros criterios que el juez considere pertinente al caso concreto, contribuyen a cuantificar la indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.</p>	<p>entre otros criterios que el juez considere pertinente al caso concreto, permitirá fijar una adecuada cuantía indemnizatoria más allá del Tercer Pleno Casatorio a favor del cónyuge perjudicado.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## VIII. ANEXOS

### **ANEXO 1: Expediente: 01287-2016-0-2501-JR-FC-03**

Sentencia N° -2017

Resolución Número: CATORCE

Chimbote, Treinta de Noviembre

Del dos mil diecisiete.///

I. PARTE EXPOSITIVA:

VISTOS: Con los autos expeditos para emitir la sentencia que corresponde; Resulta de autos:

1. Petitorio:

Don Marco Antonio Cueva Jiménez, con los documentos de fojas tres a cincuenta y dos, setenta a setenta y tres, escrito de demanda de fojas cincuenta y cuatro a sesenta y cuatro, subsanada mediante el escrito de fojas setenta y cinco a setenta y seis, recurre a este Despacho a solicitar el Divorcio por la causal de separación de hecho, la misma que la dirige en contra de doña María Elena Regalado Terán.-

2. De la Acción:

2.1. Fundamentos de la parte Demandante:

La parte demandante conforme al escrito de demanda antes referido, sustenta su pretensión, en que: -----

2.1.1 Con la demandada contrajo matrimonio el nueve de junio de mil novecientos noventa y tres ante la Municipalidad de Nepeña – Centro Poblado Menor de San Jacinto, Provincia del Santa – Ancash y, fruto de la relación matrimonial procrearon a su hijo Marco Eduardo Cueva Regalado, quien a la fecha cuenta con dieciocho años de edad, además que con la demandada durante el matrimonio no han adquirido ningún bien inmueble ni muebles, conforme lo demuestra indica, con los certificados negativos expedidos por la SUNARP.---

2.1.2. Se produjo la separación entre las partes por un período ininterrumpido de doce años, a consecuencia que el día veinte de marzo del dos mil trece, la demandada hizo abandono del hogar sin justificación alguna del domicilio en el Pasaje Lucio Espinoza Número 123 –Calle Miraflores – Tumbes, llevándose consigo a su hijo Marco Eduardo Cueva Regalado, quien a dicha fecha contaba con seis años, aprovechando que en horas de la mañana se fue a trabajar en su condición de miembro de la Policía Nacional del Perú, como habitualmente lo hacía, al llegar en horas de la tarde a su domicilio se dio con la sorpresa que su esposa se habría retirado con su hijo, llevándose sus pertenencias, es así que desconociendo el motivo y justificación por el abandono de hogar, realizó la denuncia ante la Comisaría San José –

Tumbes el veinte de marzo del dos mil tres, acreditándolo, indica, con el documento correspondiente.----

2.1.3. El día veinte de marzo del dos mil tres, hizo de conocimiento al Juez de Paz Barrio San José – Tumbes, mediante una demanda de abandono de hogar y que se acredita con la copia original. Posteriormente, por información de su padre, le manifestó que la demandada había llegado a la casa de sus padres en Chimbote y por tratarse de su hijo, solicitó una habitación, olvidando todo lo que había pasado, empezando una nueva vida en beneficio de su hijo. Mediante carta notarial de fecha veintidós de febrero del dos mil cuatro, solicitó que la demandada conjuntamente con su hijo regresen al domicilio donde vivían en la ciudad de Tumbes, pero jamás aceptó la demandada, versión que lo acredita, indica, con la copia original que adjunta en la demanda. Al no tener respuesta por la demandada, aceptó que viviera en casa de sus padres, siendo que por segunda vez la demandada hace abandono de hogar de manera injustificada, razón por la cual viajó de inmediato a la ciudad de Chimbote, constatando de manera personal que la demandada había abandonado a su hijo en dicho domicilio, recurriendo a la Comisaría 21 de Abril con fecha treinta y uno de julio del dos mil seis, para que realice una constatación policial en el inmueble de propiedad de su padre Segundo Alberto Cueva Lezcano en el Pueblo Joven San Isidro Jirón Huayna Cápac Número 370 – Chimbote. El efectivo policial se entrevistó con su hijo, quien indicó que la demandada no se encontraba, que su mamá salía en las noches y llegaba en la madrugada, que no le daba de comer, quién lo atendía era su tía, quien lava su ropa y otras atenciones, de igual forma el efectivo policial verificó un ambiente en completo desorden, utensilios sucios, la habitación en desorden y ropa para lava, percibiendo olor a orines.---

2.1.4. Posteriormente la demandada no entendió razones al solicitarle para que regrese al hogar, por el contrario fue demandado por alimentos ante el Primer Juzgado de Paz Letrado signado con el número 2008-1701, habiéndosele fijado la pensión alimenticias a favor de su hijo en el treinta por ciento de sus haberes y demás derechos laborales que percibe como efectivo de la policía nacional, porcentaje que se le descuenta en forma mensual en sus boletas de pago.-----

2.1.5. A la fecha es irreconciliable que regrese con la demandada, teniendo en cuenta que han

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

transcurrido más de doce años desde que la demandada hizo abandono de hogar, además de tener un nuevo compromiso con Dana Gisela Díaz Oruna y fruto de dichas relaciones convivenciales, han procreado a la niña Dana Luana Cueva Díaz, conforme lo acredita, indica, con el acta de nacimiento y declaración jurada de domicilio, otorgada por el Juez de Paz de Única Nominación de Virú.---

2.1.6. En cuanto a su situación económica de la demandada, a ésta la venía apoyando en sus estudios en la Universidad Inca Garcilazo de la Vega en la carrera de educación, conforme lo acredita, indica, con la boleta de notas del primer ciclo, además ha cumplido con apoyarla en los pagos de estudios, conforme lo acredita, indica, con las boletas o comprobante de pago y giros que ha realizado en la actualidad, como también a favor de su hijo, además que en la actualidad, conforme a la consulta RUC 1032875209, la demandada tiene un negocio propio demostrando que es microempresaria.----

2.1.7. Respecto a su situación económica, en la actualidad viene cumpliendo de manera responsable con su obligación de padres, ya que cuenta con tres hijos, adjuntando copias certificadas de las resoluciones ocho y nueve del expediente 2015-154 ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huaraz, en donde se ha probado una liquidación de alimentos en la suma de mil setecientos ochenta y seis soles. En la actualidad viene cumpliendo con su obligación de padre, conforme lo acredita, indica, con la constancia de estudios de su hija Diana Luana Cueva Díaz, quien estudia el primer grado en la Institución Educativa Viru, la cual le demanda gastos para su alimentación como sus demás necesidades, ya que su conviviente sólo se dedica al cuidado de su hija. En la actualidad viene asumiendo los alimentos de su hijo Marco Cueva Regalado en el treinta por ciento, razón por la que ha tenido que solicitar al Segundo Juzgado de Paz Letrado, el cambio en la forma de prestación alimentaria y reducción de alimentos, ya que no puede cumplir con mayor cabalidad, imposibilitándole a cumplir con su obligación de padre.--

2.1.8. Respecto a la sociedad de gananciales, no han adquirido ningún bien mueble e inmuebles dentro del vínculo matrimonial, haciendo mención que en SUNARP, aparece inscrito un bien inmueble a su nombre como la de sus demás hermanos, por ser una herencia, la cual no conforme la sociedad de gananciales.-----

2.1.9. El último domicilio conyugal se ubicó en Pasaje Lucio Espinoza Número 126 – calle Miraflores – Tumbes, conforme lo ha mencionado

y adjuntado, indica, en la copia certificada de denuncia de fecha 15 de abril del dos mil tres, en donde dejó constancia que la demandada, con fecha veinte de marzo del dos mil tres, hizo abandono del hogar en donde vivían de manera pacífica y continua, no justificando el abandono.--

2.2. Fundamentos del Ministerio Público:

Conforme al escrito de su propósito (ver fojas 36-38), la Representante de la Segunda Fiscalía de Familia, asevera que: -----

Del contenido de la demanda, la causal invocada refiere a la separación de hecho por más de doce años, cónyuges que ya no cumplen con los deberes del matrimonio, además el demandante está haciendo una nueva vida, motivo por el cual no tiene razón de mantenerse el vínculo matrimonial, además que deberá valorarse los medios probatorios presentados por la demandante e identificar al cónyuge perjudicado.-  
-----

2.3 Fundamentos del co-demandado: ---

La parte demandada, conforme al escrito de absolución de demanda que obra de fojas ciento uno a ciento cinco, subsanado mediante escrito de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, indica que: -----

2.3.1 Al primer y segundo fundamento de la demanda, es cierto.---

2.3.2. Al tercer, cuarto y quinto fundamentos de la demanda, es cierto, que el último lugar de funcionamiento del hogar conyugal, fue en el pasaje Lucio Espinoza Número 126 Calle Miraflores – Tumbes, y es falso que haya abandonado el hogar sin motivo alguno, si salió del hogar fue con el consentimiento y compañía del demandante y fue por salud de su hijo, viviendo en casa de su padre, solo hasta que el obtuviera su cambio, que no se dio, presumiendo que la enfermedad de su hijo le sirvió de pretexto para alejarla del hogar conyugal, para luego aducir que es la que abandonó, visitándola de vez en cuando, haciendo vida marital toda vez que la relación conyugal se desarrolló en la casa de su padre.----

2.3.3. A consecuencia de sus largas ausencias empezaron los problemas familiares en la casa del padre del demandante, optando por retirarse, alquilando una habitación y luego otra, pero el demandante se sustrajo a la obligación, no solo de padre, sino hasta de esposo, es decir, indica, de vivir bajo un mismo techo y lecho, sin darle motivo alguno para que el matrimonio fracase, presumiendo que su comportamiento debió ser que estaba entretenido sentimentalmente y como suboficial de la policía, cuidó al más mínimo

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

detalla para hacer aparentar que era la que faltaba al hogar y buscar un divorcio.-----

2.3.4. Es cierto que existe un proceso de alimentos a favor de su hijo, la que tuvo que hacerlo por cuanto el demandante a sustraerse de dicha obligación y cuando lo hacía, no era un monto fijo y lo hacía fuera de la fecha, lo que también se vio obligada a trabajar, los Boucher de alimentos que presenta era lo que remitía mientras la relación conyugal aun existía, pero cuando la relación fracasó, empezó a faltar a su obligación, que le llevó a solicitar el pago de los alimentos que sólo prosperó para su hijo y no para su persona.---

2.3.5. No tuvo conocimiento que el demandante hubiera asentado una denuncia por su retiro de casa, no que había gestionado una demanda de abandono de hogar ante el Juez de Paz de Barrio San José – tumbes, y si lo hizo, es porque ya lo tenía planificado para después utilizarlo bajo el pretexto que era su persona la que había abandonado el hogar. Las denuncias policiales que ha presentado, que lo hacen ver como una víctima, los desconocía totalmente y el actuar silencioso de éste lo ha hecho apoyado por amistades que tiene la misma calidad de policía que lo ha manejado a su antojo sin su participación.-----

2.3.6. Al fundamento sexto, es el demandante quien ha acreditado tener una relación extramatrimonial del cual ha nacido una hija que actualmente tiene seis años de edad, acreditando que es el demandante quien ha faltado al hogar y todo el sustento armado por éste, es para tratar de justificar su infidelidad ya que aun se mantiene sola sin pareja sentimental alguna, mientras que el demandante ha acreditado formar parte de otra familia en donde es feliz con su nueva pareja e hija, mientras que en su vida personal se mantiene sola, con la experiencia dejada por el demandante por el abandono moral, lo que no ha podido superar sus emociones y frustraciones sentimentales, estando solo avocada a cuidar a su hijo, hasta que sea un profesional.--

2.3.7. Al fundamento séptimo, es falso que el demandante le haya apoyado en sus estudios de educación, que lo ha realizado hasta cierto tiempo que por sus escasos recursos económicos, termine por abandonarlo, ya que el dinero que enviaba era para la manutención de su hijo. El RUC de su supuesto negocio, fue dado de baja por o tener un capital solido para mantenerlo, hoy en día su actividad para poder sobrevivir es la venta de artículos de belleza.---

2.3.8. Al fundamento octavo, si el demandante pretende acreditar su carga familiar, también acredita que tiene capacidad económica y

responsabilidad para afrontarlo, de lo contrario no se puede traer hijos en forma irresponsable para luego quejarse que no le alcanza para sostenerlos o poner en peligro su salud. Del cambio en la forma de prestar alimentos, recientemente se le ha notificado y lo ha absuelto.---

2.3.10. Al fundamento noveno, en relación al inmueble según partida registral PO9014629 del Asentamiento Humano San Isidro Manzana J Lote 20 – Chimbote, en donde tiene acciones por sucesión intestada y por tener la calidad de esposa le corresponde el cincuenta por ciento de las acciones del demandante, que en su oportunidad se liquidará.---

2.3.11 El demandante para justificar su abandono moral y psicológico al hogar conyugal, trata de hacerse la víctima, cuando lo real es que siempre el demandante le tuvo abandonada en el hogar que establecieron en la ciudad de Tumbes, más aún con la enfermedad de su hijo, se dejó manipular fácilmente a sus argucias, puesto que al identificarse como un oficial de la Policía Nacional, lo tuvo todo preparado para aparentar un abandono de hogar, cuando nunca lo hubo. Cuando vivían juntos en el hogar, la cual se estableció en Tumbes, el demandante se mantenía alejado por días y hasta distante de su persona, excusando en su trabajo y eso hacía la falta de calor de hogar con su indiferencia, la enfermedad de su hijo lo utilizó para convencerse que debía cambiar de clima, aceptando irse a vivir a Chimbote en casa de los padres de éste, empeorando la relación, haciéndose más distante ya que había meses que no lograba verlo solo escucharlo y se limitaba solo a enviar dinero para los alimentos de su hijo.-----

2.3.12. Es cierto que se encuentran separados por más de siete años y no como sostiene doce años, pero por hechos que el mismo a manipulado para su conveniencia, pero que a lo largo de todos esos años, le ha producido desconfianza e inseguridad para rehacer nueva relación amorosa a pesar de ser aun joven, por lo que el demandante debe indemnizarle con la suma de diez mil soles, pero no por ello quedará reparado el daño psicológico, ya que está marcado, sino que va a compensar en parte las aflicciones, estados depresivos que sufrió ante el abandono no solo moral sino hasta material, porque sufrió privaciones para sostenerse y dar una vida digna a su hijo, que ni siquiera casa tenían para vivir, porque el demandado no fue capaz de dar protección a su familia.-----

2.3.13. Conforme a la copia certificada de denuncia asentada por el demandante el veintiuno de de abril del dos mil ocho, cuando sus

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

problemas conyugales se hicieron insostenible, el demandante con el ánimo de no pasar alimentos, se lleva a su hijo de la casa que tenían alquilado, en esa fecha se rompió la relación conyugal.-----

2.3.14. El demandante tiene buenos ingresos económicos, por cuánto no solo vive de su remuneración como policía, sino que también tiene ingresos como abogado, al haberse graduado en la Universidad Los Angeles- ULADECH.-----

### 3. Puntos Materia de Prueba:

#### 3.1. De la pretensión principal:

1.- La verificación de la constitución del domicilio conyugal.-

2.- La verificación de la existencia de la separación de hecho entre los cónyuges por más de quince años.-

3.- La verificación de cuál de los cónyuges realizó la dejación y que esta no haya sido por razones laborales o por causas de fuerza mayor a efectos de determinar la existencia del cónyuge más perjudicado con la separación.-

4.- La verificación de que tal dejación se haya realizado por más de dos años o cuatro si es que hubieren hijos menores de edad.-

5.- La verificación del derecho alimentario de los cónyuges y de los hijos procreados dentro del matrimonio; y, el cumplimiento por parte del obligado alimentario respecto de dicho derecho.-

6.- La verificación del posible daño ocasionado.--

7.- La verificación de la existencia de bienes sociales susceptibles de liquidación.-----

#### 3.2. De las pretensiones accesorias:

1.- La verificación del derecho alimentario de los aún cónyuges.-

2.- La verificación de la existencia de bienes sociales susceptibles de liquidación.-

3.- La verificación del daño causado en la demandada y/o demandante a efectos de determinar si le corresponde o no la fijación de una indemnización en el monto solicitado.-

### II. PARTE CONSIDERATIVA:

#### 2.1. De la Tutela Jurisdiccional Efectiva:

La tutela jurisdiccional efectiva constituye un derecho fundamental de la persona reconocida en el inciso 3° del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; y, para ello una persona, “...en ejercicio de su derecho de acción, puede interponer una demanda para la obtención o reconocimiento de un derecho según su pretensión, el que deberá estar amparado en la Ley y en los hechos...”<sup>5</sup>; de allí que el

<sup>5</sup> Casación N° 1697-2000/Santa, publica en el Diario Oficial El Peruano del 31/07/2001, Pág. 7573. Citado por Alberto Hinostroza Mingués en su obra. *COMENTARIOS AL CODIGO PROCESAL CIVIL T-I. 3° Ed.*; Ideosa; Lima-2010. Pág: 105.

demandante, al interponer la presente demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; y, al ser admitida a trámite por el órgano jurisdiccional, está haciendo efectivo su derecho al acceso a la justicia. Sin embargo, tal derecho “...es un concepto abstracto distinto a la relación material discutida en el proceso y, se agota cuando las partes mediante el derecho de acción hacen valer sus pretensiones al incoar la demanda, contestar la misma, al reconvenir y de acuerdo a otras formas procesales para hacerla valer conforme prevé la ley procesal, por tanto el sentido del fallo justo o injusto no depende de esta institución procesal sino de otras categorías sustanciales y procesales que se desenvuelven en el proceso y terminan con la sentencia.”<sup>6</sup>.-----

2.2. De los presupuestos procesales y las condiciones de la acción:

“El derecho de acción, en virtud del cual, cualquier persona tiene el derecho de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente, tiene requisitos que cumplir, los cuales son: a) Los presupuestos procesales; y, b) Las condiciones de la acción; lo que explica el por qué el Código Procesal Civil, en sus artículos 426 y 427, ha facultado al Juez la verificación del cumplimiento de estos requisitos al momento de interponerse la demanda; siendo su insatisfacción causal para declarar ya sea la inadmisibilidad de la demanda o su improcedencia, según sea el caso...”<sup>7</sup>.-----

Es, conforme al artículo 121 del Código Procesal Civil que en su parte in fine faculta al Juzgador, como última posibilidad, el re-examinar tales requisitos a efectos de posibilitar un pronunciamiento válido; y, en el caso de autos se determina que: a) La pretensión de la parte accionante se encuentra respaldada en norma sustantiva prevista en el inciso 12° del artículo 333 del Código Civil, adicionado por la Ley número 27495; b) Con la copia del documento nacional de identidad de fojas uno se acredita la capacidad procesal de la parte demandante y con el acta de matrimonio de fojas dos, se acredita su legitimidad activa a efectos de solicitar el divorcio por la causal de separación de hecho, en tanto la norma invocada en el acápite precedente, establece que en el caso de la causal de separación de hecho, no resulta de aplicación lo previsto en el

<sup>6</sup> Casación N° 1864-96/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 16/05/1998, Pág. 1043-1044. Citado por Alberto Hinostroza Mingués: *Ob. Cit.* Pág: 32

<sup>7</sup> Casación N° 4734-2006/Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 30/05/2008, Pág. 22113-22114. Citado por Alberto Hinostroza Mingués: *Ob. Cit.* Pág: 104-105.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

artículo 335 del citado cuerpo legal, en cuanto establece que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio<sup>8</sup>; c) La parte demandante con los documentos de fojas dos a quince, acredita legítimo interés para solicitar al órgano jurisdiccional se declare el divorcio por la causal invocada, en tanto afirma que con la demandada se encuentran separados desde el mes de marzo del dos mil tres; d) Este Despacho es competente para el conocimiento de la presente causa en conformidad con lo establecido por el artículo 53 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial concordante con el inciso 2° del artículo 24 del Código Procesal Civil<sup>9</sup>; e) Se han cumplido con los requisitos del artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil, determinándose en consecuencia, que se ha verificado correctamente con los presupuestos procesales y las condiciones necesarias de la acción, a efectos de emitir un pronunciamiento de fondo válido.----

### 2.3. De la notificación a los demandados:

El Ministerio Público y la demandada, doña María Elena Regalado Terán tienen pleno conocimiento del proceso prueba de ello, son los apersonamientos, el primero de los nombrados, mediante el escrito de fojas ochenta y seis a ochenta y nueve y, la segundo, mediante el escrito de fojas ciento uno a ciento cinco, subsanado mediante escrito de fojas ciento veintiuno a ciento veinticinco; y, con lo cual se ha dado pleno cumplimiento a lo establecido por el artículo 155 del Código Procesal Civil, aplicado en vía supletoria; habiéndose garantizado su derecho a la defensa<sup>10</sup>.---

### 2.4. De la pre – existencia del Matrimonio Civil y de la existencia de hijos matrimoniales:

Con el acta de matrimonio de fojas cinco, se acredita que don marco Antonio Cueva Jiménez y

doña María Elena Regalado Teran, contrajeron matrimonio civil el día nueve de junio de mil novecientos noventa y tres, por ante la Municipalidad Distrital de Nepeña, Provincial del Santa, Departamento de Ancash; y, con el acta de nacimiento de fojas cuatro, se acredita que las partes en litis, procrearon dentro de la relación matrimonial a: Marco Eduardo Cueva Regalado, quien a la fecha de presentación de la demanda, contaba con mayoría de edad.-----

### 2.5. Del requisito de procedibilidad:

El artículo 345 – A del Código Sustantivo, incorporado por la Ley número 27495, establece que para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333, antes indicado, el demandante deberá acreditar que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas de mutuo acuerdo; siendo ello así, resulta evidente que la norma acotada establece requisitos de procedibilidad para la interposición de la presente acción, cuyo cumplimiento deberá ser analizado por el A’quo; y, del análisis de los medios probatorios aportados al proceso, se advierte que: ----

A) Con la copia certificada de la sentencia contenida en la resolución número veintitrés expedido en el proceso alimentario número 2008-1701, se señala en el acápite cuarto que, en la diligencia de continuación de audiencia celebrada con fecha cinco de mayo del dos mil nueve, se concilió parcialmente dicho proceso, en el extremo que el hoy demandante se comprometió acudir a favor de su hijo Marco Eduardo Cueva Regalado en el treinta por ciento de sus haberes mensuales, incluidos gratificaciones, escolaridad y todo beneficio de su libre disponibilidad; lo que deberá verificarse el cumplimiento de dicha obligación alimentaria.-----

B) El demandante, en el acápite quinto de los fundamentos de hecho del escrito de demanda (ver fojas 57), señala: “ ... me interpuso una demanda de alimentos ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de ésta ciudad creando el expediente N° 1701-2008 donde se fija una pensión alimenticia a favor de mi hijo en el 30% en forma mensual de mis haberes, ..., como efectivo policial de la Policía Nacional del Perú, porcentaje que se me viene descontando y reteniendo judicialmente en forma mensual en mis boletas de pago...”.-----

C) De los fundamentos de la contradicción de demanda, la accionada expone lo siguiente: “es cierto que existe un proceso de alimentos a favor de mi hijo, tuve que verme obligada hacerlo, porque cuando el demandante empezó a sustraerse a su obligación y cuando lo hacía no era un monto

<sup>8</sup> Casación N° 220-2004/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 01/06/2006. Citado por PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. “Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil”-Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima – 2008. Pág. 185.

<sup>9</sup> Artículo 24 del Código Procesal Civil: “Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante: 2. El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad;...”.

<sup>10</sup> “El Derecho a la Defensa es una de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia, a través de la cual se efectiviza el derecho de contradicción; en el proceso civil se cumple con tal atribución cuando se ha dado a las partes la oportunidad de ser oída, oponer defensa y producir pruebas” (Casación N° 1473-2000/Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 02/01/2001. Pág: 6697-6698)

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

fijo lo hacía fuera de fecha, ..., los Boucher de alimentos que presenta era lo que remitía mientras nuestra relación conyugal aun existía, pero cuando la relación fracasó totalmente se empezó a faltar a su obligación, que me llevo a solicitar el pago de los alimentos que solo prosperó para su hijo...”; es decir, la demandante reconoce la existencia del proceso alimentario, mas no, alguna deuda alimentaria, confirmando tácitamente lo expuesto por el demandante.---

D) Consecuentemente, éste despacho determina la inexistencia de adeudo por concepto de alimentos derivado del proceso alimentario antes mencionado; de allí que, el demandante ha cumplido con el presente requisito.-----

### 2.6. De la Separación de Hecho:

La separación de hecho “...es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos”<sup>11</sup>; de allí que, para los efectos del presente proceso, deberá de analizarse si los hechos cumplen el elemento material, subjetivo y temporal que tipifica la presente causal y si, el accionante ha cumplido con el requisito de procedibilidad a que se refiere la 3° Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley número 27495; es decir, que la separación no se produzca por razones laborales o que no se deba a un grave peligro para la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges. No obstante ello y si bien, doctrinariamente se ha establecido como presupuestos de la causal que nos ocupa los elementos antes referidos, también lo es que del análisis del inciso 12 del artículo 333 adicionado por la Ley tantas veces acotada, se verifica que sólo se alude a dos elementos constitutivos a saber: a) El elemento objetivo, determinado por el hecho objetivo del alejamiento de ambos cónyuges y, b) El elemento temporal, determinado por los dos años si es que no existen hijos menores de edad, caso contrario dicho plazo se convierte en cuatro. Determinándose en conformidad con lo previsto por el artículo 345-A, que el elemento subjetivo sólo se tendrá en cuenta para los efectos de determinar al cónyuge perjudicado en atención al requisito de procedibilidad o la indemnización por daños, allí establecida.-----

### 2.7. De la constitución del Domicilio Conyugal<sup>12</sup>:

<sup>11</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F: Ob. Cit. Pág. 48

<sup>12</sup> “La separación de hecho supone la violación del deber de cohabitación, deber que impone a ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal; el mismo que se

2.7.1. La parte demandante, en el acápite segundo del escrito de subsanación de demanda (ver fojas 75-76), señala que el último domicilio conyugal se constituyó en el Pasaje Lucio Espinoza Número 126- Calle Miraflores – Departamento de Tumbes.----

2.7.2. Del acápite 1.2. de los fundamentos de defensa (ver fojas 121), la accionada señala: “es cierto, que el último lugar de funcionamiento del hogar conyugal fue en el Pasaje Lucio Espinoza Número 126- Calle Miraflores – Provincia de Tumbes...”; dicho que tiene la calidad de declaración asimilada, en conformidad con el artículo 221° del Código Procesal Civil, acreditándose así el domicilio conyugal que vivieron de consuno las partes en litis.-----

2.7.3. Debe tenerse en cuenta que para los efectos de la presente causal, la misma, responde a una causal no inculpatoria, la que considera sólo el aspecto objetivo para su configuración, de allí que, siendo tal causa objetiva, la ruptura de la vida en común la que de modo inmediato justifica la demanda con independencia del origen del cese efectivo de la convivencia; no existe necesidad de acreditar el domicilio conyugal, que si es imprescindible en una causal inculpatoria. La sola separación de hecho de los cónyuges con prescindencia de la probanza de la casa conyugal permite la configuración de este elemento para la determinación de la causal; así lo sostiene la doctora Carmen Julia Cabello Matamala al comentar la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio en: Código Civil Comentado, Tomo II: Derecho de Familia (Primera Parte) Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, Página quinientos veintisiete y que este Despacho asume.-----

### 2.8. Del Elemento Objetivo de la causal:

Constituida por la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad de la convivencia, que sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal y que viola el deber de cohabitación que obliga el matrimonio; de la revisión de los medios probatorios aportados al proceso, se verifica que: -

A) La parte accionante afirma en el acápite tercero, de los fundamentos de hecho de la demanda (ver fojas 55), que la separación de hecho se produjo el veinte de marzo del dos mil tres, la demandada hizo abandono de hogar sin justificación alguna, llevándose a su hijo cuando contaba con seis años de edad, aprovechando

constituye en aquél en el cual los cónyuges viven de consuno”. IDEM. Pág. 52

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

cuando se encontraba trabajando y al llegar en horas de la tarde a su domicilio, se dio con la sorpresa que su esposa se había retirado del hogar en compañía de su hijo, llevándose sus pertenencias y enseres domésticos, desconociendo el motivo o justificación, constituyéndose a la comisaría de San José para denunciar dicho abandono.-----

B) La accionada, en el acápite 1.2. de los fundamentos de defensa (ver fojas 121), señala que: ii) Es falso que haya abandonado el hogar sin motivo alguno, que salió del hogar con el consentimiento y compañía del demandante y que fue por salud de su hijo, llevándolo a vivir a Chimbote a la casa de los padres de este, presumiendo que la enfermedad de su hijo fue pretexto para que la alejara del hogar conyugal, para luego aducir que fue su persona que lo abandono, solo los visitaba de vez en cuando, haciendo vida marital, ya que la relación conyugal se desarrolló en el domicilio del padre del accionante; ii) A consecuencia de las largas ausencias del demandante, empezaron los problemas familiares, alquilando una habitación, sustrayendo éste de su obligación de padre, sino como esposo, el vivir bajo un mismo techo; iii) Le interpuso demanda de alimentos ya que el demandante se sustrajo de su obligación, que los bouchers presentados comprende a los remitidos mientras la relación conyugal aun existía, pero cuando la relación fracasó, el demandante faltó su obligación; y, del acápite 2.2. de dicho escrito postulatorio (ver fojas 124)señala: “es cierto que nos encontramos separados por más de siete años y no como sostiene más de 12 años...”.

C) Si bien, el demandante pretende acreditar el abandono de hogar de la accionante, con la denuncia policial realizada en la Comisaria San José de la ciudad de Tumbes (ver fojas 8); tal ha sido contradicho por la demandante, en el sentido que su salida contó con el consentimiento del demandante y debido la salud de su hijo; siendo así, dicho documento no merece convicción de su contenido, máxime que no existe otro documento fehaciente que corrobore el abandono aludido, en tanto el acta de abandono de hogar realizado ante el Juez de Paz de Unica Nominación de San José – Tumbes (ver fojas 9), también constituye un relato de hechos no constatados por dicha autoridad judicial, detallando solo artículos o bienes encontrados en el domicilio conyugal antes mencionado.-----

D) Es importante tener en cuenta lo expuesto por la demandada, en el sentido que afirma que la relación conyugal fracasó y que se encuentran separados por más de siete años; dicho que lo ha

reiterado en su evaluación psicológica realizada ante el Instituto de Medicina Legal, en el rubro “historia familiar”, en el cual señala: “Ahora yo no hice este nuevo juicio, ..., no sé porqué se hace tanto problema, yo no pido nada para mí, estamos separados desde el 2008...” afirmaciones que tienen el carácter de declaración asimilada, en conformidad con el artículo 221° del Código Adjetivo, en dicho sentido, la demandada ha confirmado lo expuesto por el accionante, en el sentido que no realizan vida en común; lo que da certeza a la Juzgadora que las partes se han separado de hecho, interrumpiendo la vida en común y por ende el cumplimiento de los deberes maritales que le impone el matrimonio.----

E) A mayor abundamiento, se advierte que las partes en litis mantienen domicilios disímiles; es decir, el demandante ha señalado como su domicilio real en Calle Huayna Capac Número 370 del Pueblo Joven San Isidro – Chimbote, conforme es de verse del escrito postulatorio tantas veces referido; y, la demandada, en la Urbanización El Acero Manzana N Lote 18-A – Chimbote; siendo ello así, se confirma la existencia de la separación entre los cónyuges.----

2.9 Del Elemento Temporal de la causal:

Constituida por la permanencia en el tiempo de una separación de hecho, de allí que, resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal; y, de la revisión de los medios probatorios aportados al proceso, se verifica que: -----

A) Como se ha indicado en el acápite anterior, el demandante señala que la separación se produjo desde el veinte de marzo del dos mil tres; y, en su declaración de parte, actuado en audiencia de pruebas (ver fojas 161-162), grabado en audio y video( cuyo soporte técnico obra a fojas 192, la misma que se procede a su visualización por éste despacho), el demandado al responder a la primera pregunta y segunda pregunta del pliego de preguntas de fojas 160, señala que se encuentra separados con la demandada desde el año dos mil tres y que no hubo reconciliación alguna; ratificando no sólo la separación, sino además el inicio de la misma.-----

B) De los fundamentos de contradicción antes descritos, la accionada señala que se encuentran separados por más de siete años y no doce años como lo ha sostenido el demandante; es decir, no precisa fecha exacta. Sin embargo, del informe psicológico de dicha accionada ya antes referida, afirma que la separación data desde el año dos mil ocho; mientras que, en su informe de visita social realizado por el Equipo Multidisciplinario de ésta

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

sede judicial(ver fojas 179-182), señala estar separados catorce años. Si se tiene en cuenta el primer lapso de tiempo antes referido, computando retroactivamente a la fecha de presentación del escrito de contestación de demandada (8-AGOSTO-2016), tendríamos que la separación se habría producido en el año dos mil nueve; y, si se tiene en cuenta el segundo lapso de tiempo, desde la fecha de visita social (24-MARZO-2017), tendríamos que la separación se habría producido aproximadamente en el año dos mil tres; por lo que, la demandada no es coherente al momento de señalarse el inicio de la separación.-----

C) Resulta importante tener en cuenta lo expuesto por la demandada en su informe social antes mencionado, señalando que posterior a la separación, denunció al hoy demandante por alimentos; es decir, reconoce que a la fecha de interposición de la demanda de alimentos, ya se encontraban separados con el demandante; por lo que, teniendo en cuenta que el proceso alimentario está asignado el número 2008-1701, resulta evidente que en dicho año, DOS MIL OCHO, las partes ya se encontraban separados.-----

D) Siendo ello así, al no existir otro medio probatorio que permita determinar la separación antes del año dos mil ocho; éste despacho considera que la separación se produjo a partir de dicho año; es decir, dos mil ocho.-----

### 2.10. Respecto al Cómputo del Plazo:

Atendiendo a lo establecido en el considerando precedente, la fecha cierta de la separación de hecho deberá ser computado a partir del años mil novecientos ochenta y ocho, siendo que, en autos se ha acreditado la inexistencia de hijos menores de edad, el plazo conforme al inciso 12 del artículo 333 del Código Civil modificado por la Ley número 27495, es de dos años, consecuentemente, a la fecha de ingreso de la demanda de fojas cincuenta y cuatro, el nueve de junio del dos mil dieciséis, el plazo de dos años se ha cumplido.-----

2.11. De la existencia del cónyuge más perjudicado con la separación:

#### 2.11. 1. Sobre el Precedente Vinculante:

De conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil<sup>13</sup>, debe tenerse en cuenta la

<sup>13</sup> Artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el Art. 1° de la Ley N° 29364, publicado el 28 mayo 2009: Precedente judicial: “La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados

sentencia dictada por el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria<sup>14</sup>; en cuyo segundo párrafo del fallo, acápite 3.4., se determina “En todo caso el juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.” Aún más, en el párrafo cuarto se determina que para “... una decisión de oficio o a instancia de partes sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse 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; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar, 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 relevantes.”<sup>15</sup>---

2.11.2. Debe tenerse presente que el 2° párrafo del artículo 345 – A del Código Civil, incorporado por la Ley número 27495 dispone que “el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación”; teniendo en consideración que todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable, este Despacho deberá pronunciarse, sobre si uno de los cónyuges ha resultado más perjudicado por la misma, en conformidad con los medios probatorios

podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”

<sup>14</sup> Casación N° 4664-2010-Puno (18/03/2011)

<sup>15</sup> ALFARO VALVERDE, Luis: “La indemnización en la separación de hecho: Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal”; 1° Edición; gaceta Jurídica SA; Lima-2011 Pág. 211

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

aportados al proceso; y, del análisis de los autos se advierte que:-----

A) De la revisión de los fundamentos de hecho expuestos en el escrito de demanda, si bien el demandante no se pronuncia sobre la existencia del cónyuge más perjudicado con la separación; también es que, al responder a la cuarta, quinta y séptima pregunta del pliego interrogatorio ofrecido por el Ministerio Público, actuado en la diligencia antes referida, llevada a cabo en audio y video, este afirma que la separación le produjo falta de apetito, no hacía las cosas bien en el trabajo, le afectó su estado emocional frustrando su proyecto de vida y se considera tener la condición de cónyuge perjudicado, debido a que la demandada fue quien motivó para la separación.---

B) Del fundamentos dos punto dos del escrito de subsanación de contestación de demanda, la demandada señala que separación le ha producido desconfianza, inseguridad, estados depresivos, aflicciones ante el abandono moral del demandante, solicitando el monto de diez mil nuevos soles por concepto de indemnización.----

C) De los informes técnicos evacuados en el presente proceso, se advierte que; i) Del informe psicológico practicado a la demandada (ver fojas 172-173), concluye: “1. A la actualidad muestra una fuerte ansiedad y tensión (estado emocional transitorio y fluctuante en el tiempo) como producto de los conflictos y dificultades que tiene con su ex pareja; 2. A la fecha de la evaluación muestra un remarcado resentimiento y rechazo hacia su ex pareja.; 3. Reacción depresiva situacional asociada a motivo de consulta; 4. A la fecha de evaluación se hallan indicadores psicopatológicos de afectación”; ii) Del informe psicológico practicado al demandante (ver fojas 188-189), concluye: “1. Lúcido, orientado, con sus funciones cognitivas conservadas, sin evidenciarse indicadores de alteración que lo incapaciten para valorar percibir su realidad. 2. A la fecha de evaluación no se hallan indicadores de alteraciones en el área cognitiva, social ni conductual que se pueda asociar al hecho que relata; 3. A la fecha de evaluación no se hallan indicadores psicopatológicos de afectación”; como se advierte, es la parte demandada quien presenta afectación, depresión, ansiedad y tensión, relación ansiosa derivadas de los conflictos y separación con su aún cónyuge; mientras que el demandante, no presenta afectación alguna que hayan generado producto de la separación.----

D) A mayor abundamiento, del acápite sexto de los fundamentos de hecho del escrito de demanda (ver fojas 58), el demandante señala mantener un

nuevo compromiso con doña Dana Gisela Díaz Oruna, procreando a su hija Dana Luana Cueva Diez, la que se acredita con el acta de nacimiento de fojas seis; y, en el caso de la demandada, con el informe social de fojas ciento setenta y nueve a ciento ochenta y uno, se ha verificado que vive en una vivienda alquilada con su hijo habido con el demandante; consecuentemente, es el demandante quién se sustrajo, de su deber de fidelidad para su consorte, lo que habría significado una afectación emocional para la demandada.---

E) Resulta evidente que la infidelidad, significa el irrespeto de los deberes conyugales y que impone el matrimonio, lo que no ha sido respetado por el accionante y que le ha generado afectación emocional en la accionada, conforme se ha acreditado con los informe psicológicos antes descritos, máxime que no se ha acreditado que ésta haya faltado a sus deberes conyugales, lo que sí ha ocurrido en relación al accionante; por lo que, resulta evidente que ha sido la demandada, la más perjudicada con la separación; de allí que, deberá señalarse la indemnización correspondiente.-----

### 2.12. De las Pretensiones Accesorias:

El artículo 345 del Código Civil prescribe que, en caso de separación de hecho, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia; y, en el caso de autos, se advierte la inexistencia de hijos matrimoniales menores de edad, de allí que este Despacho se encuentra relevado de pronunciarse sobre este extremo.-----

#### 2.12.1. De los Alimentos de la cónyuge demandada:

Para determinar la procedencia de la aplicación de la regla general del artículo 350 del Código Civil, es decir, que por el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer; deberá analizarse si esta incurra en alguna de las causales de excepción previstas en la norma antes referida<sup>16</sup>; y, en el caso de autos, no se ha acreditado que la demandada se encuentra en estado de necesidad, la que debe ser acreditado con los medios probatorios permitidos por ley, máxime que, del informe social ya antes referido,

<sup>16</sup> Artículo 350 del Código Civil: “... Si se declara el divorcio por 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 asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.”

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

la demandada señala tener la condición de comerciante en la venta de productos de belleza y accesorios percibiendo un ingreso mensual, lo que se acredita que la demandante no se encuentra imposibilitada para solventar sus propias necesidades; en tal sentido, no habiéndose acreditado en autos que tal se encuentre en alguno de los supuestos de excepción del artículo 350 del Código Sustantivo, éste despacho determinará el cese recíproco entre los cónyuges, es decir, la aplicación de la regla general de la norma antes indicada.-----

2.12.2 De la existencia de Bienes Sociales:

A) Del acápite noveno de los fundamentos de hecho del escrito de demanda (ver fojas 59), el demandante señala que no han adquirido ningún bien mueble o inmueble dentro del vínculo matrimonial y que ante la SUNPAR aparece un bien inmueble inscrito a su nombre y demás hermanos adquirido por herencia; y, la demandada, señala que al tener la calidad de esposa, le corresponde el cincuenta por ciento de la acciones de dicho bien.-----

B) El régimen de sociedad de gananciales, se encuentra conformada por el conjunto de bienes sociales y bienes propios de cada cónyuge, constituyendo una forma de comunidad de bienes y no una copropiedad, así se desprende del artículo 301° del Código Civil. Asimismo, el artículo 302° de dicho cuerpo normativo enumera taxativamente, cuáles son los bienes propios de cada cónyuge y en su inciso tercero, considera como tales los que se adquieran durante la vigencia de dicho régimen a título gratuito.-----

C) Con la copia literal expedido por la SUNARP de ésta ciudad, se acredita la existencia del bien inmueble ubicado en el Asentamiento Humano San Isidro Manzana J Lote 20 - Chimbote, inscrita en la Partida Número P09014629, la misma se encuentra registrada la inscripción de sucesión intestada realizada mediante acta de protocolización del dos de noviembre del dos mil quince extendido ante el Notario Pastor La Rosa, a favor, entre ellos, del demandante, en calidad de heredero legal; por lo que, el demandante, al haber adquirido las acciones y derechos de dicho bien, en calidad de herencia; en conformidad con la norma antes acotada, dichas acciones y derechos adquiridas mediante herencia, constituyen un bien propio; por lo que, al no tener calidad de bien social, no procede a su liquidación. En dicho sentido y no existiendo otros bienes sociales susceptible de división, de allí que no cabe pronunciamiento alguno en este extremo.-----

Por estas consideraciones al amparo de lo dispuesto por la Ley número 27495 que adiciona el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil y artículo 345 y 345-A del mismo cuerpo legal.- Administrando Justicia a Nombre de la Nación.-----

III. PARTE RESOLUTIVA:

FALLO:

Declarando FUNDADA la demanda de fojas cincuenta y cuatro a sesenta y cuatro, subsanada mediante el escrito de fojas setenta y cinco a setenta y seis, interpuesta por don Marco Antonio Cueva Jiménez en contra de doña María Elena Regalado Teran sobre Divorcio por la causal de Separación de Hecho; en consecuencia, por el mérito de lo actuado Se Resuelve: --

A) Declarar la disolución del vínculo matrimonial contraído por don Marco Antonio Cueva Jiménez en contra de doña María Elena Regalado Teran por ante Municipalidad Distrital de Nepeña, Provincial del Santa, Departamento de Ancash, el día nueve de junio de mil novecientos noventa y tres.-----

B) Declarar fenecido el Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales, el mismo que de conformidad con el artículo 1° de la Ley número 27495 se retrotraerá a la fecha en que se produce la separación de hecho, es decir, a partir del año dos mil ocho; perdiendo los ex – cónyuges el derecho de heredar entre sí.-----

C) No se fija Régimen Familiar al no haber hijos matrimoniales, menores de edad, dentro de la relación matrimonial.-----

D) DETERMINASE el CESE RECÍPROCO de la obligación alimentaria entre los cónyuges.-----

E) No se señala Régimen Patrimonial alguno al no existir bienes sociales que deba de someterse a la liquidación o partición alguna entre las partes en litis.-----

F) SEÑALASE por concepto de indemnización por el daño causado, la suma ascendente a DOS MIL SOLES, los que serán abonados por el demandante, don Marco Antonio Cueva Jiménez a favor de la demandada, doña María Elena Regalado Teran. —

G) En caso de no ser apelada la presente sentencia, ELEVESE en consulta a la Superior Sala Civil de la presente resolución; y hecho que sea, ejecutada la misma, archívese en el modo y forma de ley.- Notifíquese conforme a ley.-----

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

**ANEXO 2: Expediente N° 01016-2015-0-2501-JR-FC-01**

**RESOLUCIÓN NÚMERO: VEINTIDÓS**

Chimbote, dieciséis de febrero

de dos mil diecisiete.-

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Petitorio:

El demandante pretende como pretensión principal se declare el divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común, acumulada objetiva y originariamente con divorcio por causal de violencia Familiar y divorcio por causal de separación de hecho; a fin que se declare la disolución del vínculo matrimonial existente entre su persona y doña Nelly Ymelda Sanchez Requejo.

Como pretensiones accesorias solicita el cese y exoneración de la prestación alimentaria fijada en el 10% de los ingresos mensuales permanentes que percibe como jubilado, que fuera determinada por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Familia del Santa (Exp. N° 930-2012); el fenecimiento y liquidación de la sociedad de gananciales y se proceda de inmediato a la formación del inventario valorizado del bien de la sociedad de gananciales consistente en el inmueble ubicado en Pueblo Joven Florida Alta Mz. G,Lt. 35, distrito de Chimbote – Provincia Del Santa – Departamento de Ancash; así como la declaración de pérdida de gananciales de la demandada Nelly Ymelda Sanchez Requejo; la devolución del 50% de todas las rentas generadas por alquiler de habitaciones del inmueble conyugal desde el mes de agosto de 2012 a la fecha; y se declare la pérdida del derecho hereditario.

#### 2. Fundamentos de la demanda:

El demandante sostiene: i) Que el día 28 de Agosto de 2004 contrajo matrimonio con Nelly Ymelda Sánchez Requejo (en adelante la demandada) ante la Municipalidad del Distrito de José Leonardo Ortiz - Chiclayo, teniendo como último domicilio matrimonial en PP.JJ Florida Alta Mz. G Lt. 35 – Chimbote, provincia Del Santa; ii) Que su vida matrimonial recurría con normalidad hasta que en el año 2012 comenzaron los problemas con la demandada, tanto es así que acudió a la Comisaría de La Libertad

para asentar su denuncia por Violencia Familiar, por haber roto la chapa de su dormitorio no pudiendo ingresar a descansar ni a tomar sus medicamentos incluso fue agredido verbalmente con insultos en presencia de la policía al culminar la constatación; denuncia que refiere fue aceptada y que a nivel del Primer Juzgado de Familia, en su resolución N° 36 de fecha 14 de agosto de 2014, se declara fundada la demanda de violencia Familiar en la modalidad de maltrato psicológico en contra de la demandada y a nivel de la Primera Sala Civil de la Corte Superior del Santa se confirmó dicha demanda con resolución N° 38 de fecha 12 de diciembre de 2014, Expediente N° 1301-2014. iii) Refiere que el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Familia en el Expediente N° 930-2012, le concedió a la demandada una pensión de alimentos equivalente al 10% de sus haberes mensuales y permanentes; refiere que en dicho expediente obran unas fotografías y un CD en el cual demandada realiza constantes terapias de relajación y bailes rítmicos manteniéndose totalmente activa; es más percibe el 100% de las rentas donde ella habita y alquila cuartos desde el momento en el que se retiró del hogar en el año 2012; lo cual refiere acreditar con carta notarial presentada por ella misma ante el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior del Santa donde ella manifiesta que se hará cargo a partir del 12 de setiembre de 2012 del cobro de los alquileres de las habitaciones, siendo evidente que no se encuentra incapacitada física ni mentalmente para ejercer actividad laboral de acuerdo a sus posibilidades y edad. iv) manifiesta que está separado de la demandada desde el 27 de agosto del año 2012, fecha en la cual se vio obligado a retirarse forzosamente de su domicilio conyugal, siendo imposible una reconciliación.

#### 3. Admisión de la demanda

Por resolución N° 01 que obra a fojas 44/45, se admite a trámite la demanda de Divorcio por Causal de imposibilidad de hacer vida en común, violencia Familiar y separación de Hecho y la acumulación originaria de pretensiones de liquidación de la sociedad de gananciales, cese de la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

obligación alimentaria entre cónyuges e indemnización, en la vía del proceso de conocimiento, corriéndose traslado a las partes demandadas.

### 4. Contestación de demanda

El Ministerio Público contesta la demanda mediante escrito de fojas 59/62, sostiene que el demandante no ha acreditado con ningún medio de prueba la imposibilidad de hacer vida en común con la demandada, mucho menos desde cuando se produce este acto quebrantador de la unión marital; asimismo, i) *Respecto a la causal de violencia física y psicológica*, refiere que los hechos alegados por el demandante no califican como violencia psicológica, que no se puede apreciar que la demandada haya actuado con crueldad; asimismo refiere que dicha causal caduca a los seis meses de producida o en todo caso mientras subsista los hechos que la motiva, hecho que tampoco se ha acreditado. ii) *Respecto a la causal de separación de hecho*, refiere que el demandante debe acreditar estar al día en el pago de las pensiones alimenticias, siendo que no se adjunta ningún medio de prueba fehaciente que acredite que se encuentra al día en el pago de tales pensiones alimenticias, por lo que si no se acredita que se encuentra al día con sus obligaciones alimentarias, así como los hechos que sustentan la pretensión y las causales invocadas la demanda debe ser declarada improcedente o infundada, por lo que deviene en innecesario analizar las pretensiones accesorias sobre alimentos y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con la sociedad conyugal.

Doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo contesta la demanda mediante escrito de fojas 53/554, sostiene que su vida matrimonial era normal, hasta el tercer y cuarto año, cuando comenzaron los actos de violencia familiar ocasionados por el demandante desde el año 2007, habiéndose dictado a su favor dos medidas de protección, siendo que debido a dichas medidas de protección que el demandante se retiró del hogar conyugal y por la vergüenza hacia los vecinos que murmuraban y sabían de su conducta inapropiada por su preferencia por los homosexuales; refiere que es cierto que el

Primer Juzgado Especializado de Familia del Santa confirmó que se le conceda a su favor el 10 % de los haberes mensuales y permanentes, esto debido a su condición delicada de salud y al no contar con los recursos necesarios, ni el apoyo de sus hijos, debido a que cuentan con sus propias cargas Familiares.

### 5. Reconvención de demanda:

Doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo formula reconvención, solicitando se declare el divorcio por la causal de separación de hecho; y que el reconvenido cumpla con pagarle una indemnización por la suma de S/. 50,000.00 soles; asimismo se le adjudique la parte del inmueble que le corresponde al demandante ubicado en Jr. Pasco N° 334, Mz. G, Lt. 35, Pueblo Joven Florida Alta – Chimbote, teniendo en cuenta que el demandante tiene otro inmueble en Nuevo Chimbote, además por tener su persona la condición de cónyuge perjudicada con este divorcio.

Sostiene que el matrimonio con el demandante transcurrió con normalidad el primer y segundo año, pero al tercer y cuarto año, la conducta del demandante cambió se mostraba prepotente, autoritario, tornándose irascible, se molestaba por todo, poniéndose agresivo verbalmente, después comenzó la agresión física, en el año 2007 hizo una denuncia de violencia Familiar contra el demandante habiéndose dictado a su favor medidas de protección.

Manifiesta haber sufrido más cuando se enteró que el demandante tenía dos denuncias por problemas con homosexuales uno en el año 2007 y otro en el año 2012, uno de ellos fue su inquilino, ya que alquilaban habitaciones, hechos que derivaron en problemas de violencia Familiar; siendo que por estos hechos y por las medidas de protección que el demandante decidió retirarse del hogar conyugal el día 19 de julio de 2012 por la vergüenza que sentía hacia los vecinos; por lo que están separados hace más de tres años a la fecha de interposición de la reconvención, siendo su persona la cónyuge perjudicada ya que ha tenido que quedarse en la casa y tratar de soportar los comentarios maliciosos de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

las vecinas, hechos que configuran como daño moral, originado por la conducta inapropiada del demandante; señala que a raíz de este problema tenía mucha vergüenza de salir a la calle, por lo que se sometió a una terapia psicológica en el Centro de Adulto mayor e ESSALUD, para tratar de superarlo.

Mediante escrito de fojas 220/227, don Luis Alberto Zapata Reyes observa la contestación y absuelve la reconvención formulada, refiriendo que i) Niega y rechaza que no se encuentre al día en el pago de las pensiones alimenticias, puesto que se le vienen haciendo retenciones a nivel judicial en el expediente N° 930-2012, inclusive se le ha venido reteniendo demás, toda vez que por cuaderno de asignación anticipada se le ha venido reteniendo el 20% de sus haberes, hasta que se expidió la sentencia de vista en la cual le otorga a la demandada el 10%, por ende ha venido cobrando demás, hecho que a la fecha ha dado lugar a presentar su liquidación de pensiones alimenticias por cobro en exceso, (*según documentos que adjunta*)ii) Que, respecto a las medidas de protección dictada en el año 2007, refiere que ese proceso se declaró concluido sin declaración sobre el fondo, puesto que se encuentra archivado, siendo denunciado falsamente por la demandada por maltrato físico y psicológico, ello se corrobora con el certificado médico expedido por el instituto de Medicina Legal, en el cual se indica que no había existido ningún maltrato físico. iii) Que, respecto a su retiro del hogar conyugal, es falso que haya sido como consecuencia de las medidas de protección ordenadas por el Ministerio Público, y se ratifica que dicho retiro se debió a los hechos expuestos en su demanda. iv) Que, niega y rechaza lo alegado por la demandada, en la cual refiere que su persona tenía una conducta inapropiada por preferencia por los homosexuales, toda vez que la única y primera vez que fue requerido para alguna investigación de este tipo se archivo por “no existir algún elemento de convicción que haga sospechar la comisión del delito o atribuirle este al investigado”, e incluso refiere que cursó una carta notarial a la demandada donde le solicita que acredite su falsa imputación o emitir un pronunciamiento de desagravio, lo cual al

momento no ha hecho nada; y v) Por último, respecto a lo alegado por la demandada, que no cuenta con recursos económicos, no cuenta con el apoyo de sus hijos, no puede alquilar las seis habitaciones del segundo piso y que no puede pagar los gastos judiciales, entonces como es que si puede pasear y hacer turismo por diferentes lugares dentro y fuera del país, según certificado de movimiento migratorio que adjunta; asimismo, respecto a su delicado estado de salud, como explica que pueda realizar actos de gimnasia, danzas y pueda participar en fiestas y bailes del Centro de Adulto Mayor, sin ninguna molestia aparente conforme a las documentales que adjunta.

### 6. Sustanciación del proceso

Mediante resolución N° 13, de fojas 241, se declara saneado el proceso y se requiere a las partes que en el plazo de tres días propongan los puntos controvertidos.

Mediante resolución N° 14 de fojas 285/289, se fijan los puntos controvertidos y se admiten los medios probatorios, señalándose fecha para la realización de la audiencia única. Como puntos controvertidos se fijaron los siguientes:

#### De la causal de imposibilidad de hacer vida en común:

1.- La verificación de que los hechos en los que ha incurrido el demandado constituyen la causal de imposibilidad de hacer vida en común entre los cónyuges.-

2. La verificación de que los hechos invocados no constituyan causal susceptible de ser peticionada por los otros supuestos del artículo 333° del Código Civil.-

3. La verificación de que los hechos invocados como causal no hayan caducado.-

#### De la causal de Violencia Física y Psicológica

1. La verificación de la existencia de maltratos físicos y/o psicológicos ocasionados por el demandante en agravio de la accionada.-

2. La verificación de la causal no haya caducado.-

#### De la Causal de Separación de Hecho:

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

1. La verificación de la constitución y el último domicilio conyugal.-
2. La verificación de la existencia de la separación de hecho entre los cónyuges.-
3. La verificación de cuál de los cónyuges realizó la dejación y que esta no haya sido por razones laborales o por causas de fuerza mayor a efectos de determinar la existencia del cónyuge más perjudicado con la separación.-
4. La verificación de que tal dejación se haya realizado por más de dos años o cuatro si es que hubieren hijos menores de edad.-
5. La verificación del cumplimiento por parte del obligado alimentario respecto de dicho derecho.-
6. La verificación del posible daño ocasionado.-

De las Pretensiones Accesorias:

- a) El cese de la obligación alimentaria por parte de la demandada
- b) La verificación del daño causado en la demandada y/o demandante a efectos de determinar si le corresponde o no la fijación de una indemnización en el monto solicitado.-
- c) La verificación de la existencia de los bienes sociales susceptibles de división.-

DE LA RECONVENCIÓN:

De la Causal de Separación de Hecho:

- 1.- La verificación de la constitución del domicilio conyugal.-
- 2.- La verificación de la existencia de la separación de hecho entre los cónyuges por más de cuatro años.-
- 3.- La verificación de cuál de los cónyuges realizó la dejación y que esta no haya sido por razones laborales o por causas de fuerza mayor a efectos de determinar la existencia del cónyuge más perjudicado con la separación.-
- 4.- La verificación de que tal dejación se haya realizado por más de dos años o cuatro si es que hubieren hijos menores de edad.-
- 5.- La verificación del cumplimiento del derecho alimentario de los cónyuges y de los hijos procreados dentro del matrimonio.-

De las pretensiones accesorias:

- 1.- La verificación del daño causado en la demandada a efectos de determinar si le corresponde o no la fijación de una indemnización en el monto solicitado.-

## II. FUNDAMENTOS:

PRIMERO: Noción de proceso.

El proceso es concebido como el instrumento del que se valen los ciudadanos para la satisfacción de sus pretensiones jurídicas; es decir, de reclamaciones formalmente dirigidas por un miembro de la comunidad contra otro, ante el órgano público específicamente instituido para satisfacerlas<sup>17</sup>; siendo su finalidad la de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambos con relevancia jurídica, acorde a lo previsto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil<sup>18</sup>.

SEGUNDO: Existencia de un debido proceso y la garantía de una tutela efectiva.

La actora ha ejercitado su derecho de acción, por otro lado a los demandados se les ha corrido traslado de la demanda entablada en su contra, quienes han ejercido su derecho de contradicción; por lo que, al haberse respetado las garantías, debe procederse a emitir un pronunciamiento de fondo sobre el caso planteado.

TERCERO: Flexibilización de los principio de congruencia, preclusión y eventualidad.

En la Casación N°4664-2010-Puno, dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil: se estableció como precedente judicial vinculante la siguiente regla: “1. En los procesos de Familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia Familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones Familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la Familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

CUARTO: Actividad Probatoria en el Proceso Civil

<sup>17</sup> Tal como enseña JAIME GUASP: “El proceso no es pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones” (Derecho Procesal Civil, 4ª Edición, Tomo I, 1998, p. 31).

<sup>18</sup> Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal: “El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambos con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Es de precisar también que de conformidad con los artículos 188<sup>19</sup>, 196<sup>20</sup> y 200<sup>21</sup> del Código Procesal Civil, los medios de prueba tienen por objeto acreditar los hechos expuestos por las partes, generar convicción en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. En tal sentido, es obligación de las partes aportar al proceso los medios de prueba que acrediten los hechos alegados como sustento de su pretensión.

### QUINTO: Materia Controvertida

De lo expuesto en el escrito de demanda y de lo alegado en el escrito de contestación, así como del escrito de reconvencción y contestación de la reconvencción se advierte que la materia controvertida se centra en determinar si se configuran las causales de divorcio por imposibilidad de hacer vida en común, violencia Familiar y separación de hecho, siendo que respecto de esta última es preciso determinar si don Luis Alberto Zapata Reyes y doña Nelly Ymelda Sanchez Requejo, han estado separados de hecho durante el plazo establecido legalmente a fin que se declare el divorcio por la causal deseparación de hecho y como consecuencia disuelto el vínculo matrimonial y la sociedad de gananciales, cese de la obligación alimentaria entre cónyuges para lo cual se debe verificar si el actor ha cumplido con el requisito de procedencia de la demanda establecido legalmente, así como también corresponde determinar si existe un cónyuge perjudicado con motivo de la separación y si corresponde se ordene el pago de una indemnización a su favor.

### SEXTO: Marco Jurídico de la Materia Controvertida

- Código Civil<sup>22</sup>
- Tercer Pleno Casatorio Civil, proveniente de la Casación N° 4664-2010-Puno.

### SETIMO: De la Imposibilidad de hacer Vida en Común:

<sup>19</sup> Artículo 188.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

<sup>20</sup> Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

<sup>21</sup> Artículo 200.- Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvencción, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada.

<sup>22</sup> De conformidad con el artículo 348 del Código Civil el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio; siendo que de conformidad con el artículo 349 del mismo cuerpo normativo, puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12; siendo aplicables al divorcio las reglas contenidos en los artículos 334 al 342 del Código Civil, en cuanto sean pertinentes, conforme lo establecido por el artículo 355 del citado Código

El artículo 333 del Código Civil, en su artículo 333, inciso 11, establece que: “Son causas de separación de cuerpos: (...) La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial”.

Esta causal “Denominada también incompatibilidad de caracteres, imposibilidad de cohabitación o desquicio matrimonial, matrimonio desquiciado o dislocado. Según Manuel Torres Carrasco, se trata de un grave estado de quiebre en las relaciones internas matrimoniales, de tal manera que para ambos resulta imposible una convivencia estable y armoniosa, vale decir, que aquí es inviable la comunidad de vida, porque los cónyuges ya no mantienen una estable y equitativa relación Familiar. En efecto, se advierte que en la pareja no existe armonía conyugal, ya que el amor, la pasión, la ayuda recíproca, la comprensión y la tolerancia han desaparecido totalmente”<sup>23</sup>.

En consecuencia, “la imposibilidad de hacer vida en común importa gravedad en la intensidad y transcendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y, su imputabilidad al otro consorte, quien, con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio. Téngase presente que la imputabilidad no necesariamente significa la concurrencia de un propósito –animus– de provocar la frustración del fin del matrimonio, basta que los hechos importen errores de conducta de los que se tiene o debe tener el convencimiento de su incompatibilidad con los deberes matrimoniales”<sup>24</sup>.-

Como bien lo señala Enrique Varsi Rospigliosi: “Para efectos de consolidar su estructura y que pueda llegar a considerarse como una causal, la incompatibilidad de caracteres debe cumplir con los siguientes elementos:

- Ser manifiesta y permanente. La mera desavenencia, desacuerdo, discrepancia o disconformidad no es suficiente para configurar la causal y, además, debe haber transcurrido, necesariamente, un tiempo que afecte la relación conyugal.

- Hacer insoportable la vida en común. Implica la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común, y;

- Debidamente comprobada en proceso judicial. La referencia de la imposibilidad de hacer vida en común, deba ser debidamente probada en proceso judicial, y entender que los medios probatorios se

<sup>23</sup> PERALTA ANDIA, Javier Rolando; “Derecho de Familia en el Código Civil”; 3ª Ed.; Lima; 2002; pág. 328-329.

<sup>24</sup> PLACIDO V., Alex V.; “Manual de Derecho de Familia”, 2ª Ed.; Gaceta Jurídica; 2002; pág. 204.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

pueden hacer valer en el correspondiente proceso judicial, o pueden provenir de un proceso previo. Consideramos que la precisión que el legislador hace en esta causal como innecesaria, ya que todas las causales deben ser debidamente acreditadas en un proceso judicial<sup>25</sup>.

De lo antes expuesto se advierte que para la configuración de la causal de imposibilidad de hacer vida en común es preciso que los hechos que hacen insoportable la vida en común sean manifiestos y permanentes.

### OCTAVO:

En el presente caso el demandante no señala de manera expresa que hechos específicos configuran la causal de divorcio por imposibilidad de hacer vida en común.

De los hechos expuestos en la demanda se advierte que según el demandante en el año 2012, comenzaron los problemas con la demandada, ante lo cual su persona presentó una denuncia por violencia Familiar por maltrato psicológico, asentando el 27 de agosto de 2012 su denuncia por retiro forzoso del hogar, siendo demandado en ese mismo año por alimentos por la demandada, estando separados desde el 27 de agosto de 2012.

Al respecto cabe señalar que los hechos denunciados por el demandante en relación a la violencia psicológica, éstos se encuentran comprendidos dentro de la causal de divorcio por violencia psicológica denunciada por el demandante; en cuanto a los hechos referidos al retiro del hogar, éstos se encuentran comprendidos dentro de la causal de divorcio por separación de hecho, siendo que el hecho de que la demandada haya interpuesto al demandante una demanda de alimentos no da lugar a que se declare el divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, pues lo hizo en ejercicio de un derecho que legalmente le correspondía como cónyuge del demandante.

Siendo esto así, se advierte que los hechos denunciados por el demandante sustentan sus causales de divorcio de violencia psicológica y separación de hecho, más no la causal de imposibilidad de hacer vida en común, por lo cual se advierte que respecto de esta causal no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio, por lo cual corresponde se declare improcedente el presente extremo de la demanda de conformidad con el artículo 427, inciso 4 del Código Procesal Civil, según el cual “El Juez declara improcedente la demanda cuando: (...) 4. No exista conexión

lógica entre los hechos y el petitorio. (...) Si el defecto se refiere a alguna de las pretensiones, la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolezcan del defecto advertido por el Juez”.

NOVENO: De la violencia psicológica:

La causal de violencia psicológica se encuentra regulada en el inciso 2° del artículo 333° del Código Civil. “Se entiende por violencia física o psicológica al trato reiterado y cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho o psicológicamente a su consorte, salvando los límites del recíproco respeto que supone la vida en común” (Casación número 027-F-97- Sala Civil de la Corte Suprema); “los elementos constitutivos de la presenta causal son: a) Elemento Objetivo, constituido por los actos de excesiva crueldad que uno de los cónyuges infiere al otro; y, b) El elemento subjetivo, constituido en el propósito o la intención de hacer sufrir innecesariamente al otro cónyuge”<sup>26</sup>.-----

De conformidad con el artículo 339 del Código Civil, la acción basada en el artículo 333, inciso 2, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.

En el presente caso de los fundamentos de hecho de la demanda se advierte que el demandante refiere que su vida matrimonial transcurría con normalidad hasta que en el año 2012 comenzaron los problemas, tanto es así que el 19 de julio de 2012 acudió a la Comisaría de La Libertad para asentar denuncia por violencia Familiar, por haber roto su esposa la chapa de su dormitorio, no pudiendo ingresar a descansar ni tomar sus medicamentos, siendo agredido incluso verbalmente con insultos en presencia de la policía al culminar la constatación, siendo que la demanda de violencia Familiar que dio origen a los hechos antes expuestos fue declarada fundada por el Primer Juzgado de Familia, siendo confirmada la sentencia por la Primera Sala Civil, conforme acredita con la resolución treinta y ocho de fecha 12 de diciembre de 2014, expedida por la Primera Sala Civil de esta Corte Superior de Justicia en el Expediente N° 1301-2012, donde confirma la sentencia contenida en la resolución treinta y seis, en la cual se declara fundada la demanda interpuesta por el demandante en contra de la demandada por Violencia Familiar en la modalidad de maltrato psicológico, la misma que corre a fojas 21/26.

De lo expuesto se aprecia que los hechos que constituyen la violencia psicológica denunciada

<sup>25</sup>VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; “Tratado de Derecho de Familia – Matrimonio y Uniones Estables”; Tomo II; Gaceta Jurídica; Lima; 1ª Ed.; 2011; página 351.

<sup>26</sup>Peralta Andía, J. Rolando: “Derecho de Familia en el Código Civil”, Tercera Edición, Agosto 2002, Pág. 312-313.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

por el demandante se suscitaron en el año 2012, siendo que el demandante tenía pleno conocimiento de los referidos hechos de allí la existencia de un proceso de violencia Familiar derivado de dichos hechos, lo que determina que del año 2012 a la fecha ha transcurrido en exceso el plazo de caducidad de seis meses establecido por el artículo 339 del Código Civil, por lo que corresponde se declare improcedente el presente extremo de la demanda de conformidad con el artículo 427, inciso 3, del Código Procesal Civil, según el cual “El Juez declara improcedente la demanda cuando: (...) 3. Advierta la caducidad del derecho”.

**DECIMO:** De la Separación de Hecho:

La separación de hecho “...es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos.”<sup>27</sup> Para su configuración -doctrinariamente- se ha establecido que deben coexistir tres elementos ineludibles que son: “El elemento objetivo: Cese efectivo de la vida conyugal, alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación. El elemento subjetivo:...permite la discusión de las razones del apartamiento,...la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación. El elemento temporal: Se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad”<sup>28</sup>. No obstante ello y si bien, doctrinariamente se ha establecido como presupuestos de la causal que nos ocupa los elementos antes referidos, también lo es que del análisis del inciso 12 del artículo 333, se verifica que sólo se alude a dos elementos constitutivos a saber: a) El elemento objetivo, determinado por el hecho objetivo del alejamiento de ambos cónyuges y, b) El elemento temporal, determinado por los dos años si es que no existen hijos menores de edad, caso contrario dicho plazo se convierte en cuatro años. Determinándose en conformidad con lo previsto por el artículo 345-A, que el elemento subjetivo sólo se tendrá en cuenta para los efectos de determinar al cónyuge perjudicado.

<sup>27</sup>PLACIDO VILCACHAGUA, Alex y CABELLO MATAMALA, Carmen Julia; “Código Civil Comentado”; T. II, Derecho de Familia 1ª Parte; Gaceta Jurídica; 2003; p. 48

<sup>28</sup> Comentado la Dra. Carmen Julia Cabello Matamala, en el Código Civil Comentado Por los 100 Mejores Especialistas, pág. 526.-

**DECIMO PRIMERO:** Del requisito de procedibilidad de la causal de separación de hecho:

El artículo 345 – A del Código Civil, incorporado por la Ley número 27495, establece que para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, el demandante deberá acreditar que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas de mutuo acuerdo; siendo ello así, resulta evidente que la norma acotada establece requisito de procedibilidad para la interposición de la presente acción, cuyo cumplimiento corresponde ser analizado.

Delo expuesto por las partes se advierte que entre demandante y demandada existe un proceso de alimentos, el cual se viene tramitando en el Segundo Juzgado de Paz Letrado Especializado en Familia de esta Corte Superior de Justicia, Expediente N° 930-2012, en el cual se otorgó una pensión de alimentos a favor de la demandada consistente en el 10% del total de remuneraciones que perciba el demandante, cuyas piezas principales corren de fojas 375/404, de los cuales no se advierte que a la fecha de la demanda el demandante no haya estado al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, sino que por el contrario la demandada habría estado cobrando de más, habiéndose dispuesto mediante resolución N° 55 de fojas 404, que se remitan la causa a la Oficina de pericias a fin que el perito cumpla con realizar la liquidación excesiva cobrada por doña Nelly Imelda Sánchez Requejo correspondiente al período de julio de 2012 hasta abril de 2016, por lo cual corresponde se tenga por cumplido el requisito de procedibilidad.

**DECIMO SEGUNDO:**

Con la partida de matrimonio de fojas 5, está acreditado que el señor Luis Alberto Zapata Reyes y doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo contrajeron matrimonio el día 28 de agosto de 2004 ante la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque.

**DECIMO TERCERO:** De la separación de hecho como causal de divorcio.

De conformidad con el artículo 333, inciso 12 del Código Civil: “Son causas de separación de cuerpos: (...) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad”; artículo en virtud del cual se puede demandar el divorcio, conforme lo establecido por el artículo 349 del Código Civil.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

DECIMO CUARTO: Del último domicilio conyugal.

De lo expuesto por el demandante y la demandada se advierte que fijaron su último domicilio conyugal en el inmueble sito en Pueblo Joven Florida Alta Mz. G Lt. 35 – Chimbote, el cual adquirieron el 16 de Junio del año 2005, conforme se aprecia de la Partida P09029480, DE LA Zona Registral N° VII – Sede Huaraz.

DECIMO QUINTO: Del cese efectivo de la vida conyugal

El demandante refiere estar separado de doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo desde el 27 de agosto del año 2012, fecha en la cual decidió retirarse del hogar conyugal, conforme lo acredita con la copia certificada notarialmente de la denuncia policial de fojas 27, de la cual se advierte que el día 27 de agosto de 2012 se presentó a la Comisaría PNO de Chimbote el demandante, domiciliado en Jirón Pasco 334, Mz. G, Lt. 35 del Pueblo Joven Florida Alta, “denunciando el maltrato psicológico por parte de su esposa Nelly Ymelda Sánchez Requejo, indicando el recurrente que la indicada puso candado en la puerta de acceso a su dormitorio impidiéndole al denunciante el ingreso a su dormitorio y así no puede retirar sus pastillas (IRIGOR Y PENTOCIFILINA) el mismo que consume de por vida; asimismo la suscrita se constituyó en un patrullero policial de esta comisaría PNP, al domicilio indicado líneas arriba, constatando el normal ingreso por la puerta principal y al ingresar se observó una puerta cerrada con dos candados, aduciendo el indicado denunciante que en dicho ambiente se encuentra sus medicinas antes indicadas; así como en su sala en un mueble se encuentra sus prendas como ropa, entre otras cosas personales del indicado; asimismo el recurrente indica que el día de la fecha se retira forzosamente de su hogar por violencia Familiar. Lo que denuncia a la PNP para los fines pertinentes”.

Si bien doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo en su escrito de reconvenición refiere que don Luis Alberto Zapata Reyes decidió retirarse del hogar conyugal el 19 de julio de 2012, señalando que no existe duda respecto del retiro del hogar por parte del demandante porque el mismo ha referido esta fecha, cabe señalar que el demandante no ha referido esa fecha sino la del 27 de agosto de 2012, conforme acredita con la denuncia policial de fojas 27, por lo cual corresponde se tenga el 27 de agosto de 2012, como fecha de retiro del hogar conyugal. Lo anterior determina que se encuentra acreditado el elemento objetivo de la separación, esto es el cese efectivo de la vida conyugal.

DECIMO SEXTO: Del cumplimiento del plazo para la configuración de la causal de separación de hecho

Atendiendo que al 27 de agosto de 2012, el demandante y la demandada dejaron de convivir en el mismo domicilio, corresponde se declare el divorcio por la causal de separación de hecho siempre y cuando se acredite la separación durante un período ininterrumpido de dos años, conforme lo establecido por el artículo 333 artículo 12 del Código Civil, anteriormente citado, toda vez que los antes mencionados durante su matrimonio no tuvieron hijos.

DECIMO SETIMO:

Estando a que tanto el demandante como la demandada refieren que desde que se separaron no volvieron hacer vida en común, y habiéndose determinado en autos que la separación de hecho se produjo el 27 de agosto de 2012, se colige que la fecha de la interposición de la demanda y de la reconvenición, esto es al 01 de julio de 2015 y 01 de setiembre de 2015, respectivamente, el demandante y la demandada llevaban separados más de dos años ininterrumpidos, pues ambos reconocen que no volvieron a hacer vida en común luego de su separación, siendo que el plazo establecido en el artículo 333, inciso 12 del Código Civil se cumplió el 27 de agosto de 2014; lo que determina que se ha cumplido el elemento temporal.

DECIMO OCTAVO:

Cabe señalar que de conformidad con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495 “Para efectos de la aplicación del inciso 12 del Artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”.

En el presente caso el demandante refiere que el motivo de la separación fue por la violencia psicológica que la demandante estaba ejerciendo sobre su persona al haber impedido el ingreso a su dormitorio colocando candado en la puerta de ingreso al mismo, mientras que la demandada refiere que el retiro del hogar se debió a la vergüenza que sentía el demandante de los vecinos quienes murmuraban sobre su preferencia hacia los homosexuales; lo que determina que los hechos materia del presente proceso no se encuentran bajo los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, anteriormente citada, por lo cual corresponde se declare el divorcio por la causal de separación de hecho prevista en el artículo 333,

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

inciso 12 del Código Civil y como consecuencia de ello disuelto el vínculo matrimonial existente entre la demandante y el demandado, conforme lo establecido por el artículo 348 del Código Civil, según el cual “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio”.

**DECIMO NOVENO:** Del cese de la obligación alimentaria

Otra consecuencia del divorcio es el cese de la obligación alimentaria conforme lo establecido en el artículo 350° del Código Civil, según el cual “Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por 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 asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél”; en el caso de autos se advierte de la existencia de un proceso de alimentos seguido ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de esta Corte Superior de Justicia, Expediente 930-2012, en el cual se fijó una pensión de alimentos a favor de la demandada equivalente al 10% de los haberes que el demandante percibe como pensionista de la ONP; siendo que en el presente proceso si bien la demandante alega en su escrito de contestación de demanda, que se ha sometido a una operación quirúrgica de histerectomía y que posteriormente ha presentado complicaciones, siendo una de ellas un cuadro clínico de incontinencia urinaria, por el cual tiene que estar en constante chequeo; sin embargo, la demandada no ha adjuntado documento fehaciente que acredite tener dicha enfermedad y que le cause alguna discapacidad para poder valerse por sí misma, de otro lado de las fotografías presentadas por el demandante que corren a fojas 193/194 y 198/200, se desprende que la demandada realiza viajes a lugares dentro y fuera del país, lo que determina que cuenta con solvencia económica.

En atención a lo expuesto, corresponde se declare el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges.

**VIGÉSIMO:** Del fenecimiento de la sociedad de gananciales

De conformidad con el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, “Fenece el régimen de la sociedad de gananciales: 3. Por divorcio”. En aplicación del artículo antes citado, atendiendo a que en el presente proceso se ha determinado que corresponde se declare el divorcio entre la demandante y el demandado corresponde asimismo se declare el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Con respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, cabe señalar que durante la vigencia del vínculo matrimonial el demandante y la demandada adquirieron el inmueble ubicado en Pueblo Joven Florida Alta Mz. G Lt. 35 – Chimbote, inscrito en la Partida P09029480, de la Zona Registral N° VII – Sede Huaraz, teniendo la calidad de bien social, cuyas acciones y derechos como consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales corresponden en un 50% tanto para el demandante, como para la demandada; el cual se liquidará en ejecución de sentencia.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 319 del Código Civil para las relaciones personales de los cónyuges “En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333°, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación”; siendo que habiéndose determinado en autos que la separación se produjo el 27 de agosto de 2012, corresponde se tenga por fenecida la sociedad de gananciales a partir de dicha fecha.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** De la devolución del 50% de todas las rentas generadas por alquiler de habitaciones del inmueble conyugal.

El demandante pretende se declare que la demandada devuelva el 50% de todas las rentas generadas por alquiler de habitaciones del inmueble conyugal, desde el mes de agosto de 2012, a la fecha ya que de conformidad con el artículo 313 del Código Civil, corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social, sin embargo la demandada sin tener su autorización ha estado lucrando del bien social, toda vez que percibe el 100% de las rentas de la casa donde ella habita y alquila cuartos desde el momento en que se retiró del hogar en el año 2012, lo cual refiere acreditar con la carta notarial de fecha 14 de setiembre de 2012, la misma que corre a fojas 32, en la cual se advierte que la demandada refiere que a partir de la fecha en curso, esto es 14 de setiembre de 2012 se hará cargo del cobro de los alquileres de las habitaciones y así cumplir con los pagos pendientes de los servicios ya que están vencidos y cortados por falta de pago e incumplimiento. Señalando al respecto la demandada en su escrito de contestación que es falso que perciba actualmente el 100% de las rentas de la casa donde habita, debido a que las habitaciones no se pueden alquilar porque existe un solo baño en el segundo piso y los inquilinos no quieren alquilar en esas condiciones.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Atendiendo a que en el presente proceso no hay medio probatorio que acredite el cobro efectivo de las rentas generadas por el alquiler del bien social, así como tampoco el tiempo durante el cual este estuvo alquilado, corresponde se declare infundado el presente extremo de la demanda.

VIGESIMO SEGUNDO: De la pérdida del derecho hereditario

De conformidad con el artículo 353 del Código Civil, “Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí”, por lo cual corresponde se declare la pérdida del derecho hereditario entre el demandante y la demandada.

VIGESIMO TERCERO: De la determinación del cónyuge perjudicado

El artículo 345°-A del Código Civil establece en su segundo párrafo que “El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 23, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes”. En atención a lo expuesto a continuación se procede a determinar quién es el cónyuge que resulta perjudicado por la separación de hecho.

Cabe señalar que para tal efecto se debe tener consideración la sentencia recaída en la Casación N°4664-2010-Puno, dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en la cual se estableció como precedente judicial vinculante la siguiente regla:

“4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse 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; b) La tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; 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 relevantes.”

VIGESIMO CUARTO:

En atención al texto normativo y precedente judicial vinculante antes citados, la Juzgadora está

en la obligación de pronunciarse por el cónyuge perjudicado, determinación que se hará de acuerdo a la apreciación que se haga de los medios probatorios, siendo que en el caso de existir cónyuge perjudicado se fijará una indemnización por daños, incluyendo el daño personal o se ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal; en este sentido, se procede a analizar la situación particular de la demandante y del demandado.

VIGESIMO QUINTO:

Cabe resaltar que conforme lo establecido por el artículo 345-A del Código Civil, así como por lo establecido en el precedente judicial vinculante contenido en la Casación N° 4664-2010-Puno, dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, tendrá la condición de cónyuge perjudicado, el cónyuge que resulte más perjudicado como consecuencia de la separación.

En el presente caso está acreditado que la separación se produjo el 27 de agosto de 2012, siendo que el retiro del hogar conyugal del demandante se produjo como consecuencia de que la demandante le habría colocado candados en la puerta de acceso a su dormitorio impidiendo que pueda sacar sus medicinas, retirando sus cosas personales a la sala del bien inmueble; lo cual se encuentra acreditado con la copia certificada de la denuncia policial de fecha 27 de agosto de 2012 que corre a fojas 27, toda vez que según se desprende de la referida copia certificada los hechos denunciados fueron constatados por la efectivo policial que se constituyó al domicilio que el demandante compartía con la demandada.

Cabe señalar que el demandante asimismo expone que el día 19 de julio de 2012 la demandante rompió la chapa de su dormitorio, no pudiendo ingresar a descansar ni a tomar sus medicamentos, siendo incluso agredido verbalmente por la demandada, para lo cual ofrece como medio probatorio copia certificada de la denuncia policial de fecha 19 de julio de 2012, asentada ante la Comisaría la Libertad, y acta de constatación policial de la misma fecha que corren a fojas 19/20, siendo que de la constatación policial se advierte que se constató lo siguiente: “Al ingresar se observa una escalera que da al segundo piso y a la derecha, se entra a una cocina que comunica con una sala, al fondo se observa un cuarto, cuya puerta de metal ha sido violentada a la altura de la chapa de seguridad, del cual había sido sustraído su tambor, imposibilitándose el ingreso a dicho cuarto, donde tiene su cama el denunciante. Al momento de culminar la constatación, la persona de Nelly Sánchez Requejo tildó de homosexual al

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

denunciante, siendo escuchado por los presentes y algunas personas que pasaban por el lugar”, lo que hace ver que antes de que el demandante se retirara definitivamente del hogar conyugal había ocurrido un suceso previo por el cual el demandante no pudo ingresar a la habitación que ocupaba en el hogar conyugal, lo que determinó que ante los hechos ocurridos el 27 de agosto de 2012, esto es el encontrar un candado en la puerta de su habitación, impidiéndole el ingreso, este se vio obligado según refiere a retirarse del hogar conyugal; situación que motivó la interposición de una denuncia por violencia Familiar contra la demandada, en agravio del demandante, signada con el número de expediente 1301-2012, siendo que a fojas 21/26, obra copia certificada de la sentencia de segunda instancia expedida en dicho proceso por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del santa, de la cual se advierte que por los hechos denunciados por el demandante ocurridos el 19 de julio de 2012 y el 27 de agosto de 2012, descritos en los numerales 5 y 6 de la resolución en comento, se determinó que la demandada era responsable de violencia Familiar en la modalidad de maltrato psicológico en agravio del demandante.

### VIGESIMO SEXTO:

Lo anterior determina que con el retiro del hogar conyugal el demandante se vio perjudicado pues tuvo que dejar su vivienda ante los actos de hostilidad provenientes de la demandada, viéndose visto afectado emocionalmente por los hechos que motivaron su retiro del hogar.

### VIGESIMO SETIMO:

En lo que respecta a la demandada, en su escrito de reconvencción solicita se le pague una indemnización por la suma de S/. 50,000.00 soles, y asimismo se le adjudique la parte del inmueble que le corresponde al demandante ubicado en Jirón Pasco N° 334, Mz. G, Lt. 35, Pueblo Joven, Florida Alta – Chimbote, por tener la condición de cónyuge perjudicada en este divorcio.

De los hechos expuestos por la demandada en su escrito de reconvencción relacionados con los perjuicios que le causó la separación de hecho con el demandante se advierte que expone que el demandante se retiró del hogar por la vergüenza que sentía hacia los vecinos que murmuraban sobre su preferencia hacia los homosexuales, siendo su persona la cónyuge perjudicada por cuanto tuvo que quedarse en la casa y tratar de soportar los comentarios maliciosos de las vecinas, hechos que se configuran como daño moral originado por la conducta inapropiada del demandante. A raíz de este problema, refiere que tenía mucha vergüenza de salir a la calle, por lo

que se sometió a una terapia psicológica en el centro del Adulto mayor de ESSALUD.

VIGESIMO OCTAVO: Respecto de lo sostenido por la demandada cabe señalar que no ha acreditado la afectación emocional que refiere haber sufrido como consecuencia del retiro del hogar del demandado, siendo que a criterio de esta Juzgadora resulta poco creíble que le diera vergüenza salir a la calle por los comentarios de sus vecinos sobre las preferencias sexuales del demandado, como refiere, toda vez que conforme se verifica del acta de constatación policial de fecha 19 de julio de 2012, que corre a fojas 20, al momento de culminar la constatación por el efectivo policial en el domicilio conyugal, la demandada Nelly Sánchez Requejo tildó de homosexual al demandante, dejando constancia que ello fue escuchado por los presentes y algunas personas que pasaban por el lugar; lo que a criterio de la Juzgadora determina que la demandada no tenía vergüenza de lo que pudiera pensar o decir la gente respecto de la conducta homosexual que esta atribuye al demandante y que no ha sido acreditada en autos.

VIGESIMO NOVENO: De lo hasta aquí expuesto, esta Juzgadora considera que de los cónyuges el que se vio más afectado emocionalmente como consecuencia de la separación de hecho es el demandante, por la forma en que este se vio obligado a retirarse de su hogar. Cabe señalar que el demandante y la demandada no tuvieron hijos, de ahí que luego de la separación ninguno de ellos haya tenido que asumir la custodia o tenencia de hijos menores de edad. Con respecto a si alguno de los cónyuges tuvo que demandar alimentos ante el incumplimiento del obligado, cabe señalar que con fecha 16 de julio de 2012, esto es antes de la separación de hecho, doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo de Zapata, interpuso una demanda de alimentos contra don Luis Alberto Zapata Reyes, tramitada ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado Especializado en Familia, Expediente N° 930-2012, la misma que fuera declarada fundada mediante sentencia contenida en la resolución N° 18, de fecha 14 de junio de 2013, de fojas 391/394. En relación a cuál de los cónyuges quedó en una situación económica y desventajosa con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, cabe señalar que de los medios probatorios ofrecidos por el demandante consistentes en certificado de movimiento migratorio y fotografías de doña Nelly Ismelda Sánchez Requejo, las mismas que obran de fojas 191/194 y 198/200, se advierte que después de la separación la antes mencionada ha

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

realizado diversos viajes al interior del país (Chancay, Cusco, Puno, Cajamarca, Lago Titicaca), como al extranjero (Bolivia, Ecuador, Colombia) lo que evidencia que con motivo de la separación la demandante no se ha visto perjudicada económicamente.

**TRIGÉSIMO:** En atención a lo expuesto se advierte que el cónyuge más perjudicado con motivo de la separación de hecho fue el demandante, toda vez que tuvo que retirarse del domicilio conyugal ante los actos de hostilidad de los que era víctima, los cuales lo afectaron emocionalmente de ahí que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa haya confirmado la sentencia expedida en el Expediente N° 1301-2012, que declara fundada la demanda interpuesta por el Ministerio Público, sobre violencia Familiar en la modalidad de maltrato psicológico, seguido en agravio del demandante contra doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo, por los hechos ocurridos el 19 de julio de 2012 y 27 de agosto de 2012.

En cuanto a doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo, de los actuados se advierte que después de la separación de hecho, se quedó viviendo en el domicilio conyugal, gozando de una pensión de alimentos otorgada por el demandante, habiendo realizado diversos viajes al interior del país y al extranjero, lo que determina que la separación de hecho no la colocó en una situación de desventaja económica frente al demandante ni a su situación durante el matrimonio; por lo cual corresponde se declare INFUNDADA su reconvencción, en el extremo que solicita se le pague una indemnización por la suma de S/. 50,000.00 soles, y asimismo se le adjudique la parte del inmueble que le corresponde al demandante ubicado en Jirón Pasco N° 334, Mz. G, Lt. 35, Pueblo Jo Joven, Florida Alta – Chimbote.

### **TRIGÉSIMO PRIMERO:**

En atención a lo expuesto habiéndose determinado que el demandante es el cónyuge más perjudicado con la separación por el sufrimiento psicológico que le causó el hecho de que se le impida el ingreso al dormitorio que tenía dentro del hogar conyugal, llegando al extremo de tener que retirarse de su propia casa, corresponde se le fije una indemnización por el daño moral causado ascendente a la suma de S/. 2,500.00 soles.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** De la declaración de pérdida de gananciales

El demandante solicita que al amparo del artículo 352 del Código Civil se declare la pérdida de gananciales de la demandada Nelly Ymelda Sánchez Requejo, en razón de tener su persona la

condición de cónyuge agraviado y este divorcio se está generando por la culpa manifiesta de la demandada.

De conformidad con el artículo 352 del Código Civil, “El cónyuge divorciado por su culpa pierde los gananciales de los bienes del otro”. Cabe señalar que de conformidad con el último párrafo del artículo 345-A del Código Civil, son aplicables a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas, entre otros, en el artículo 352, en cuanto sean pertinentes.

En el presente caso, habiéndose determinado que el demandante es el cónyuge perjudicado por la separación de hecho corresponde se declare la pérdida por parte de doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo de los gananciales de los bienes de don Luis Alberto Zapata Reyes.

### **III. DECISION:**

Por estas consideraciones el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior del Santa, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, administrando justicia a nombre de la Nación: RESUELVE:

- i. Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda de divorcio interpuesta por don LUIS ALBERTO ZAPATA REYES, contra doña NELLY YMELDA SANCHEZ REQUEJO y el MINISTERIO PÚBLICO, por la causal de separación de hecho; así como la reconvencción interpuesta por doña NELLY YMELDA SANCHEZ, contra LUIS ALBERTO ZAPATA REYES y el MINISTERIO PÚBLICO, en el extremo que solicita se declare el divorcio por la causal de separación de hecho.
- ii. En consecuencia; se declara DISUELTO el Vínculo Matrimonial contraído por don LUIS ALBERTO ZAPATA REYES, contra doña NELLY YMELDA SANCHEZ REQUEJO, ante la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, de la provincia de Chiclayo, del departamento de Lambayeque, el 28 de agosto de 2004.
- iii. Se ordena el CESE de obligación alimentaria recíproca entre los cónyuges; y en consecuencia el cese de la pensión de alimentos con la cual don LUIS ALBERTO ZAPATA REYES, acude a doña NELLY YMELDA SANCHEZ REQUEJO, ordenada en el Expediente N° 930-2012, tramitado ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado Especializado en Familia de Chimbote.
- iv. Declarar FENECIDO el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, desde la fecha de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

- la separación de hecho, esto es desde el 27 de agosto de 2012.
- v. Determinar que las acciones y derechos del bien social consistente en el inmueble ubicado en Pueblo Joven Florida Alta Mz. G Lt. 35 – Chimbote, inscrito en la Partida P09029480, de la Zona Registral N° VII – Sede Huaraz, corresponden en un 50% para don LUIS ALBERTO ZAPATA REYES, y otro 50% para doña NELLY YMELDA SANCHEZ REQUEJO; el cual se liquidará en ejecución de sentencia.
  - vi. Declarar la PÉRDIDA por parte de doña Nelly Ymelda Sánchez Requejo de los gananciales de los bienes de don Luis Alberto Zapata Reyes.
  - vii. Declarar la PÉRDIDA del derecho hereditario entre los cónyuges
  - viii. Fijar una INDEMNIZACIÓN por el daño moral causado a don LUIS ALBERTO ZAPATA REYES, cónyuge perjudicado con motivo de la separación de hecho, debiendo doña NELLY YMELDA SANCHEZ REQUEJO hacer pago a don LUIS ALBERTO ZAPATA REYES, de la suma de Dos Mil Quinientos y 00/100 Soles (S/. 2,500.00 soles), por concepto de daño moral.
  - ix. Declarar IMPROCEDENTE los extremos de la demanda de divorcio interpuesta por don LUIS ALBERTO ZAPATA REYES, contra doña NELLY YMELDA SANCHEZ REQUEJO y el MINISTERIO PÚBLICO, por las causales de imposibilidad de hacer vida en común y violencia Familiar (psicológica).
  - x. Declarar INFUNDADO el extremo de la demanda que pretende la devolución del 50% de todas las rentas generadas por alquiler de habitaciones del bien social.
  - xi. Declarar INFUNDADA la reconvenición interpuesta por doña NELLY YMELDA SANCHEZ, contra LUIS ALBERTO ZAPATA REYES y el MINISTERIO PÚBLICO, en el extremo que solicita se le pague una indemnización por la suma de S/. 50,000.00 soles, y asimismo se le adjudique la parte del inmueble que le corresponde al demandante ubicado en Jirón Pasco N° 334, Mz. G, Lt. 35, Pueblo Joven, Florida Alta – Chimbote, por tener la condición de cónyuge perjudicada en este divorcio.
  - xii. En caso de no ser apelada la presente sentencia, ELÉVESE en consulta a la Superior Sala Civil; y EJECUTORIADA que sea cúrsese los partes a Registros Públicos para su inscripción respectiva y ofíciase a la

Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, de la provincia de Chiclayo, del departamento de Lambayeque, para los fines pertinentes, previo pago del arancel judicial respectivo por derecho a expedir partes judiciales a inscribirse en los registros respectivos; asimismo Ofíciase al Segundo Juzgado de Paz Letrado Especializado en Familia de Chimbote, acompañando copia certificada de la presente resolución a fin que se trasunte en el Expediente N° 930-2012, al haberse dispuesto el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges. Avocándose a los autos la señora Juez que suscribe por disposición superior. Interviniendo el Secretario que da cuenta por vacaciones de la Secretaria titular. Notifíquese conforme a ley. Notifíquese.-

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

### Anexo 3: Expediente N° 01084-2015-0-2501-JR-FC-01

RESOLUCIÓN NÚMERO: DIECIOCHO

Chimbote, dos de julio  
de dos mil dieciocho.-

#### I. PARTE EXPOSITIVA:

VISTOS: Con los autos expeditos para emitir la sentencia que corresponde; Resulta de autos:

#### 7. De la demanda:

##### a. Petitorio:

Doña Haydee Salome Bustamante Alcántara pretende como pretensión principal se declare el divorcio del matrimonio contraído con don Raúl Agripino Puma Quispe, por la causal de la separación de hecho; como pretensión accesoria solicita:

- a) Alimentos, que fueran fijados judicialmente por el Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el Expediente N° 201-1998, a razón del 15% de las remuneraciones que percibía el demandado de su empleadora Policía Nacional del Perú.
- b) Tenencia y custodia, siendo que procrearon tres hijos Yuliana Haydee, Henry Raul y Marcia Ruth Puma Bustamante, quienes han adquirido la mayoría de edad.
- c) Liquidación de Sociedad de Gananciales, debiendo ordenarse la división y partición de los siguientes bienes: inmueble ubicado en Urbanización Magisterial SUTEP - San Sebastián en el Cusco, una empresa de servicios de fundición mecanizada PUMA, ubicada en Av. de la Cultura N° 1963 Jerusalén Cusco - Cusco - San Sebastián y los vehículos de Placa N° X11196 y N° X31515, inscritos en las Partidas Registrales N° 605386223 y N° 60609276, respectivamente.
- d) Indemnización, por la suma de S/ 100,000.00 soles por concepto de reparación por el daño moral causado.

##### b. Fundamentos de la demanda:

La parte demandante conforme al escrito de demanda de fojas 15/21, subsanado mediante escrito de fojas 25/27, sostiene que:

- Con fecha 8 de noviembre de 1985, contrajo matrimonio con el demandado Raúl Agripino Puma Quispe, ante la Municipalidad Distrital de Santa.
- Desde los primeros años de vida conyugal e incluso desde antes de casarse el demandado no supo prodigarle cariño ni afecto sincero, por el contrario fue su persona quien brindó comprensión, cariño y estimación, persistiendo con la esperanza que un día cambiaría y la llegaría a querer.
- Dadas las discrepancias surgidas y el hecho que jamás funcionó el matrimonio es imposible hacer vida en común.
- De su relación procrearon tres hijos, Henry Raúl, Yuliana Haydee y Marcia Ruth Puma Bustamante, los cuales son mayores de edad.
- La separación de hecho se produjo en agosto de 1988 y su último domicilio conyugal fue en Chimbote en el Barrio El Progreso.
- El demandado contrajo matrimonio con doña Elsa Chávez Yupanqui el 29 de junio de 1996, lo que refiere acreditar con la partida de matrimonio que anexa a su demanda.
- Refiere que existiendo bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal, de los cuales solicita su división y partición, declarando el 50% de derechos y acciones para cada uno.
- El demandado se fue del hogar dejándola con sus hijos, quienes eran muy pequeños, en completo abandono moral y material, viéndose en la obligación de interponer demanda de alimentos; siendo que el demandado se retiró de la Policía a fin de no cumplir con sus obligaciones alimentarias, teniendo que asumir sola la carga familiar, siendo padre y madre para sus hijos e inclusive decayendo en depresión por el abandono de su cónyuge.

##### c. Contestación de la demanda:

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

El Ministerio Público contesta la demanda mediante escrito de fojas 45/53, sostiene lo siguiente:

- Que la demandante no ha presentado medios de prueba (directa o indiciaria) que acredite de manera fehaciente el elemento temporal que exige la ley, por tanto, al no haber acreditado fehacientemente el tiempo que llevan separados la demanda deberá declararse improcedente.
- Respecto de los bienes gananciales cuya división y partición pretende la demandante, del estudio de los medios de prueba se advierte que son insuficientes para probar que pertenecen a la sociedad conyugal.
- En cuanto a la indemnización que pretende la demandante sostiene que no es suficiente alegar la afectación jurídica, sino que es completamente necesario que se acredite si realmente es el cónyuge más perjudicado de la relación matrimonial que se pretende extinguir.

Don Raúl Agripino Puma Quispe, contesta la demanda mediante escrito de fojas 74/77, sostiene lo siguiente:

- Refiere no haber cometido alguna causal de divorcio, salvo la de separación de hecho, manifestando su deseo y voluntad de divorciarse.
- Señala que es cierto lo expuesto en relación a la fecha en que contrajo matrimonio, que tuvieron tres hijos, ya mayores de edad, y que se separación de hecho, mas no es cierto todo lo que la demandante afirma como causales imputándole sus comisiones.
- Señala que no es cierto que cuente con bienes inmuebles y vehículos, así como un próspera empresa, pues luego de haberse retirado de la Policía, a la fecha a las justas vive en la ciudad de Cusco, trabajando a duras penas en un pequeño taller mecánico en un lote de terreno del que es copropietario, siendo los mayores accionistas sus padres, tal como refiere acreditar con la copia literal que adjunta.
- Manifiesta que no es propietario de ningún vehículo, lo que refiere acreditar con el certificado negativo otorgado por SUNARP Cusco, siendo

que los vehículos a que hace referencia la demandante pertenecen a un homónimo suyo, quien parcialmente se llama igual que su persona.

- Refiere que regenta un pequeño taller de fundiciones en prolongación Avenida de la Cultura 1963, Jerusalén, distrito de san Sebastián, Cusco y que por sus mínimos ingresos y utilidades se halla en el Nuevo Régimen Único Simplificado – RUS ante la SUNAT, pagando y declarando al mes tan solo S/ 20.00 soles.

### 8. De la Reconvención:

#### a. Petitorio:

Don Raúl Agripino Puma Quispe, vía reconvención, pretende se declare el divorcio del matrimonio contraído con doña Haydee Salome Bustamante Alcántara, por la causal de imposibilidad de hacer vida en común.

#### b. Fundamentos de la Reconvención:

El demandado conforme al escrito de fojas 74/77, sustenta su reconvención en base a los siguientes argumentos:

- Refiere que conforme es de verse de los propios argumentos de la demanda y de lo expuesto en la contestación y de la prueba que ofrece su parte, ya no existe ni ánimo ni voluntad ni posibilidad de hacer vida en común.
  - De los actuados en el Expediente N° 201-1988, seguido por alimentos, entre las mimas partes, ante el Cuarto Juzgado Civil de Trujillo, Especialista Melissa Mantilla, se demuestra que dadas las circunstancias de resentimiento entre ambos es imposible la vida en común y que por tanto el matrimonio ha decaído ostensiblemente, siendo que cada quien ha hecho su propia vida convivencial tiene su propia familia, cada uno de sus hijos ya son hechos y derechos, excepto la menor y fácticamente tampoco hay la posibilidad de mantener el matrimonio que ha quedado desde hace más de 20 años solo en el papel.
- #### c. Contestación de la Reconvención:
- Mediante escrito de fojas 97/102, doña Haydee Salome Bustamante Alcántara absuelve la reconvención formulada, en

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

base a los siguientes fundamentos:

- Manifiesta que nunca existió la imposibilidad de hacer vida en común, puesto que el demandado fue quien hizo abandono de hogar y dejó en total abandono material y moral a los hijos y a su persona.
- Señala que es cierto que existe un proceso de alimentos signado con el Expediente N° 201-1988, ante el Cuarto Juzgado Civil de Trujillo, en los seguidos por su persona contra el demandante, habiéndose visto obligada a interponer la referida demanda de alimentos por cuanto el demandado abandonó el hogar sin justificación alguna, dejándolos en completo abandono económico y moral; sin importarle las necesidades que atravesaba junto con sus menores hijos, a quienes por su edad no podía dejarlos solos; caso contrario fue la situación del demandado, quien gozaba de todos los privilegios y de sus ingresos económicos como miembro de la Policía Nacional del Perú; sin embargo no le importó y a fin de seguir eludiendo sus obligaciones como esposo y padre optó por pedir su baja de la P.N.P, y desapareció de la ciudad, desconociendo su paradero, siendo que al quedarse con toda la responsabilidad de socorrer a sus menores hijos se dedicó a trabajar para cubrir los gastos de sus hijos y en mérito que nunca les pasó pensión alguna y que a la fecha la última de sus hijas se encuentra en el último año de su carrera profesional y los gastos para obtener el grado de bachiller y el título son más fuertes ha solicitado la liquidación de pensiones devengadas, siendo falso que el matrimonio decayó porque era imposible hacer vida en común.
- Refiere que el demandado procreó con doña Isabel Marina Velásquez dos hijos Guisella Yesenia Puma Velásquez, nacida el 26 de febrero de 1985 y Raúl Edgar Puma Velásquez, nacido el 24 de febrero de 1987, de cuya existencia tomó conocimiento en el mes de noviembre de 2014, cuando la señora Isabel Marina Velásquez llega a su casa argumentando que sus

hijos eran mayores de edad y que deseaban conocer a sus hermanos, tomando a su persona de sorpresa, siendo que recién comprendió el porqué de la conducta del demandado para con su persona y que dicha relación extramarital condujo a que el comportamiento del demandado cambie radicalmente, se torne distante, dichas acciones desmerecen y contradicen los principios sobre los que se basa el matrimonio.

- Señala que el demandado con fecha 29 de junio de 1996 contrajo matrimonio en el Cusco con la señora Elsa Chávez Yupanqui, procreando dos hijos Edwin Raúl Puma Chávez, nacido el 3 de octubre de 1989 y Marleny Ashley Puma Chávez, nacida el 26 de marzo de 1992.
- Manifiesta que el demandado pretende al momento de plantear la reconvención, desvirtuar los hechos y no aceptar y asumir que fue el quien fallo en el matrimonio y no indemnizarla, por ser su persona quien fue la perjudicada y a quien le corresponde una indemnización por el daño moral y psicológico, debiendo otorgársele los bienes de la sociedad conyugal que por derecho le corresponden.

### 9. Sustanciación del proceso:

- Mediante resolución N° 2 de fojas 31/32, se admite a trámite la demanda en la vía del proceso de conocimiento.
- Mediante resolución N° 4 de fojas 54, se tiene por contestada la demanda por parte del Ministerio Público.
- Mediante resolución N° 6 de fojas 85, se tiene por contestada la demanda por parte de don Raúl Agripino Puma Quispe y se admite a trámite la reconvención.
- Mediante resolución N° 7 de fojas 103, se tiene contestada la reconvención por parte de la demandante, se declara rebelde al Ministerio Público al traslado de la reconvención, se declara saneado el proceso y se requiere a las partes que en el plazo de tres días propongan los puntos controvertidos.
- Mediante resolución N° 9 de fojas 114/116, se fijan los puntos controvertidos y se admiten los medios probatorios, señalándose fecha para la realización de la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

audiencia única. Como puntos controvertidos se fijaron los siguientes:

### De la demanda:

De la causal de Separación de Hecho:

1. La verificación de la existencia de la separación de hecho entre los cónyuges por más de cuatro años.-
2. La verificación de cuál de los cónyuges realizó la dejación y que esta no haya sido por razones laborales o por causa de fuerza mayor a efectos de determinar la existencia del cónyuge más perjudicado con la separación. -
3. La verificación de que tal dejación se haya realizado por más de dos años o cuatro si es que hubiere hijos menores de edad.-
4. La verificación del derecho alimentario de los cónyuges y de los hijos procreados dentro del matrimonio y el cumplimiento por parte del obligado alimentario respecto de dicho derecho.-

De las Pretensiones Accesorias:

1. La verificación del derecho alimentario de los aun cónyuges
2. La verificación de la existencia de bienes sociales susceptibles de liquidación.
3. La verificación del daño causado en la demandante a efectos de determinar si le corresponde o no la fijación de una indemnización en el monto solicitado.-

### De la reconvencción:

De la Causal de imposibilidad de hacer vida en común:

1. La verificación de que los hechos en los que ha incurrido la demandada constituyen la causal de imposibilidad de hacer vida en común entre los cónyuges.-
2. La verificación de que los hechos invocados no constituyan causal susceptible de ser peticionada por los otros supuestos del artículo 333 del Código Civil.-
3. La verificación de que los hechos invocados como causal no hayan caducado.-

## II. FUNDAMENTOS:

### PRIMERO: Noción de proceso.

El proceso es concebido como el instrumento del que se valen los ciudadanos para la satisfacción

de sus pretensiones jurídicas; es decir, de reclamaciones formalmente dirigidas por un miembro de la comunidad contra otro, ante el órgano público específicamente instituido para satisfacerlas<sup>29</sup>; siendo su finalidad resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambos con relevancia jurídica, acorde a lo previsto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil<sup>30</sup>.

SEGUNDO: Flexibilización de los principio de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de divorcio:

En la Casación N°4664-2010-Puno, emitida en el Tercer Pleno Casatorio Civil: se estableció como precedente judicial vinculante la siguiente regla: “1. En los procesos de Familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia Familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho”.

TERCERO: Actividad Probatoria en el Proceso Civil

Es de precisar también que de conformidad con los artículos 188<sup>31</sup>, 196<sup>32</sup> y 200<sup>33</sup> del Código Procesal Civil, los medios de prueba tienen por objeto acreditar los hechos expuestos por las partes, generar convicción en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. En tal sentido, es obligación de las

<sup>1</sup> Tal como enseña JAIME GUASP: “El proceso no es pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones” (Derecho Procesal Civil, 4ª Edición, Tomo I, 1998, p. 31).

<sup>30</sup> Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal: “El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”.

<sup>31</sup> Artículo 188.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

<sup>32</sup> Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

<sup>33</sup> Artículo 200.- Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvencción, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

partes aportar al proceso los medios de prueba que acrediten los hechos alegados como sustento de su pretensión.

### CUARTO: Materia Controvertida

De lo expuesto en el escrito de demanda y reconvenición y de lo alegado en sus escritos de contestación, se desprende que la materia controvertida se centra en determinar si corresponde se declare el divorcio contraído por las partes por las causales de separación de hecho y/o imposibilidad de hacer vida en común, siendo que respecto de la primera causal es preciso determinar si doña Haydee Salome Bustamante Alcántara y don Raúl Agripino Puma Quispe, han estado separados de hecho durante el plazo establecido legalmente a fin que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y como consecuencia disuelto el vínculo matrimonial y la sociedad de gananciales, cese de la obligación alimentaria entre cónyuges para lo cual se debe verificar si la actora ha cumplido con el requisito de procedencia de la demanda establecido legalmente, así como también corresponde determinar si existe un cónyuge perjudicado con motivo de la separación y si corresponde se ordene el pago de una indemnización a su favor; en lo que respecta a la segunda causal es preciso determinar si doña Haydee salome Bustamante Alcántara ha realizado actos que tornen imposible la vida en común.

### QUINTO: De la Separación de Hecho:

De conformidad con el artículo 333, inciso 12 del Código Civil: “Son causas de separación de cuerpos: (...) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad”; artículo en virtud del cual se puede demandar el divorcio, conforme lo establecido por el artículo 349 del Código Civil.

### SEXTO: Del requisito de procedibilidad de la causal de separación de hecho:

El artículo 345 – A del Código Civil, incorporado por la Ley número 27495, 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”; como se puede apreciar el dispositivo antes citado contiene un requisito de procedibilidad para la interposición de la presente acción, cuyo cumplimiento corresponde ser analizado.

Atendiendo a que es la demandante quien interpuso demanda de alimentos en su favor y de

sus menores hijos en contra del demandado, la misma que se viene tramitando ante el Cuarto Juzgado Civil de Trujillo, Expediente N° 201-1988, como es de verse de las copias certificadas del expediente en comento que corren de fojas 125/173, se colige que la demandante se encuentra relevada del presente requisito de procedibilidad.

### SETIMO: De los elementos para la configuración de la separación de hecho:

La separación de hecho “...es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos.”<sup>34</sup> Para su configuración - doctrinariamente- se ha establecido que deben coexistir tres elementos ineludibles que son: “El elemento objetivo: Cese efectivo de la vida conyugal, alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación. El elemento subjetivo:...permite la discusión de las razones del apartamiento,...la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación. El elemento temporal: Se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad”<sup>35</sup>. No obstante ello y si bien, doctrinariamente se ha establecido como presupuestos de la causal que nos ocupa los elementos antes referidos, también lo es que del análisis del inciso 12 del artículo 333, se verifica que sólo se alude a dos elementos constitutivos a saber: a) El elemento objetivo, determinado por el hecho objetivo del alejamiento de ambos cónyuges y, b) El elemento temporal, determinado por los dos años si es que no existen hijos menores de edad, caso contrario dicho plazo se convierte en cuatro años. Determinándose en conformidad con lo previsto por el artículo 345-A, que el elemento subjetivo sólo se tendrá en cuenta para los efectos de determinar al cónyuge perjudicado.

### OCTAVO: Del elemento objetivo de la separación de hecho

Constituido por la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad de la convivencia, que sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa

<sup>34</sup>PLACIDO VILCACHAGUA, Alex y CABELLO MATAMALA, Carmen Julia; “Código Civil Comentado”; T. II, Derecho de Familia 1ª Parte; Gaceta Jurídica; 2003; p. 48

<sup>35</sup> Comentado la Dra. Carmen Julia Cabello Matamala, en el Código Civil Comentado Por los 100 Mejores Especialistas, pág. 526.-

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

conyugal y que viola el deber de cohabitación que obliga el matrimonio; y, de la revisión de los medios probatorios aportados al proceso, se verifica que: ----

- A) Con el acta de matrimonio de fojas 8, está acreditado que doña Haydee Salome Bustamante Alcántara y don Raúl Agripino Puma Quispe contrajeron matrimonio el 8 de noviembre de 1983, ante la Municipalidad Distrital de Santa, provincia Del Santa, departamento de Ancash, presumiéndose que iniciaron su convivencia en dicha fecha.
- B) La demandante refiere estar separada del demandado y que la separación de hecho se produjo en agosto de 1988 y que su último domicilio conyugal fue en la ciudad de Chimbote, lo cual ha sido reconocido por el demandado en su escrito de contestación de demanda en el punto 1 de los fundamentos de hecho cuando refiere que “Es cierto los datos de (...) nuestra separación fáctica.”
- C) De la revisión de los actuados se advierte que mientras doña Haydee Salome Bustamante Alcántara domicilia en Jirón Villavicencio N° 1185, de esta ciudad, conforme se advierte de su Documento Nacional de Identidad de fojas 3, expedido el 10 de setiembre de 2012; el demandado domicilia en Urbanización Ttio Q-9, del distrito de Wanchaq, provincia y departamento de Cusco, lugar en donde fuera notificado con la presente demanda y que aparece consignado en su Documento Nacional de Identidad de fojas 62, el mismo que fue expedido el 23 de enero de 2012; estando acreditado que el demandado contrajo nuevo matrimonio en la ciudad del Cusco el 29 de junio de 2016, conforme al acta de matrimonio de fojas 5, así como que realiza actividad económica en dicha ciudad según se advierte de la Ficha RUC de fojas 72, según la cual su domicilio fiscal se encuentra en Prolongación Avenida De La Cultura, Jerusalén, San Sebastián, Cusco; todo lo cual lleva al convencimiento del cese de la cohabitación entre las partes.

**NOVENO:** Del elemento temporal de la causal de separación de hecho

Constituida por la permanencia en el tiempo de la separación de hecho, de allí que resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal; en el presente caso si bien conforme lo expuesto en los fundamentos que anteceden estaría acreditada la separación de hecho entre las partes es preciso determinar la fecha de inicio de la

separación y el tiempo de la misma, siendo que de los medios probatorios se advierte lo siguiente:

- A) De las actas de nacimiento de fojas 92/93, de Edwin Raúl Puma Chávez y Marleny Ashley Puma Chávez, hijos reconocidos del demandado Raúl Agripino Puma Quispe con doña Elsa Chávez Yupanqui, se advierte que éstos nacieron en la ciudad de Chimbote el 3 de octubre de 1989 y 26 de marzo de 1992, figurando como domicilio del demandado en ambas actas Magdalena Nueva Mz. 3, Lt. 5, Avenida Arica, lo que permite corroborar lo expuesto por la demandante y reconocido por el demandado en el sentido que la separación se produjo en agosto de 1988, fecha desde la cual las partes refieren ya no vivir juntos.
- B) Del acta de matrimonio de fojas 91, contraído por el demandado con doña Elsa Chávez Yupanqui, el 29 de junio de 1996, en la Municipalidad del Cusco, se advierte que el demandante consigna como domicilio junto con su contrayente el ubicado en Urbanización Ttio Q-9, que es el mismo domicilio en el que vive hasta la fecha, lo que permite inferir que la separación entre la demandante y el demandado es permanente.

**DECIMO:** Del cómputo del plazo:

Atendiendo a lo establecido en el considerando precedente, el plazo de la separación de hecho debe ser computada a partir del mes de agosto de 1988, habiendo transcurrido hasta la fecha de interposición de la demanda, esto es el 17 de julio de 2015, 26 años, lo que determina que el plazo de dos años establecido en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil modificado por la Ley número 27495 –atendiendo a que no hay hijos menores de edad-, ya se ha cumplido, por lo cual corresponde se declare fundado el extremo de la demanda que pretende se declare el divorcio por la causal de separación de hecho.

**DECIMO PRIMERO:** De la Imposibilidad de hacer Vida en Común:

De conformidad con el artículo 333, inciso 11 del Código Civil: “Son causas de separación de cuerpos: (...) La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial”.

Esta causal “Denominada también incompatibilidad de caracteres, imposibilidad de cohabitación o desquicio matrimonial, matrimonio desquiciado o dislocado. Según Manuel Torres Carrasco, se trata de un grave estado de quiebre en las relaciones internas matrimoniales, de tal manera que para ambos

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

resulta imposible una convivencia estable y armoniosa, vale decir, que aquí es inviable la comunidad de vida, porque los cónyuges ya no mantienen una estable y equitativa relación Familiar. En efecto, se advierte que en la pareja no existe armonía conyugal, ya que el amor, la pasión, la ayuda recíproca, la comprensión y la tolerancia han desaparecido totalmente”<sup>36</sup>.

En consecuencia, “la imposibilidad de hacer vida en común importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y, su imputabilidad al otro consorte, quien, con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio. Téngase presente que la imputabilidad no necesariamente significa la concurrencia de un propósito –animus– de provocar la frustración del fin del matrimonio, basta que los hechos importen errores de conducta de los que se tiene o debe tener el convencimiento de su incompatibilidad con los deberes matrimoniales”<sup>37</sup>.-

Como bien lo señala Enrique Varsi Rospigliosi: “Para efectos de consolidar su estructura y que pueda llegar a considerarse como una causal, la incompatibilidad de caracteres debe cumplir con los siguientes elementos:

- Ser manifiesta y permanente. La mera desavenencia, desacuerdo, discrepancia o disconformidad no es suficiente para configurar la causal y, además, debe haber transcurrido, necesariamente, un tiempo que afecte la relación conyugal.

- Hacer insoportable la vida en común. Implica la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común, y;

- Debidamente comprobada en proceso judicial. La referencia de la imposibilidad de hacer vida en común, deba ser debidamente probada en proceso judicial, y entender que los medios probatorios se pueden hacer valer en el correspondiente proceso judicial, o pueden provenir de un proceso previo. Consideramos que la precisión que el legislador hace en esta causal como innecesaria, ya que todas las causales deben ser debidamente acreditadas en un proceso judicial”<sup>38</sup>.

De lo antes expuesto se advierte que para la configuración de la causal de imposibilidad de hacer vida en común es preciso que los hechos

que hacen insoportable la vida en común sean manifiestos y permanentes.

### DECIMO SEGUNDO:

En el presente caso el demandado sostiene que entre su parte y la demandante ya no existe ánimo ni voluntad ni posibilidad de hacer vida en común. Al respecto cabe señalar que para efectos de la presente causal es preciso que se denuncien hechos concretos atribuibles a uno de los cónyuges, que haga insostenible la convivencia matrimonial por su culpa, no siendo suficiente alegar fórmulas genéricas como la expuesta por el demandado.

De otro lado el demandado expone que al haber interpuesto la demandante una demanda de alimentos en su contra tramitada en el Expediente N° 201-1998, ante el Cuarto Juzgado Civil de Trujillo, Especialista Melissa Mantilla, ha generado resentimientos entre ambos que hacen imposible la vida en común. Al respecto cabe señalar que el interponer una demanda de alimentos es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en garantía del derecho alimentario de los alimentistas, de modo que el ejercicio válido de un derecho no puede traer consecuencias negativas en el que lo ejerce, de ahí que a criterio de este Juzgado el hecho de que la demandante haya interpuesto demanda de alimentos no configura dentro de la causal de imposibilidad de hacer vida en común.

Asimismo, el demandado expone que cada quien ha hecho su propia vida convivencial y tiene su propia familia y fácticamente tampoco hay la posibilidad de mantener el matrimonio que ha quedado desde hace más de 20 años tan solo en el papel. Al respecto, cabe señalar que el demandado no ha acreditado que la demandante tenga una relación convivencial con otra persona, siendo que el hecho de que las partes estén separadas hace más de 20 años, no determina la configuración de esta causal sino la de separación de hecho.

En atención a lo expuesto, se advierte que los fundamentos expuestos por el demandado no se encuentran dentro de los alcances de la causal de imposibilidad de hacer vida en común, debiendo declararse infundada la reconvencción.

DECIMO TERCERO: De las Pretensiones Accesorias:

El artículo 345 del Código Civil prescribe que: “En caso de separación convencional o de separación de hecho, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el

<sup>36</sup>PERALTA ANDIA, Javier Rolando; “Derecho de Familia en el Código Civil”; 3ª Ed.; Lima; 2002; pág. 328-329.

<sup>37</sup> PLACIDO V., Alex V.; “Manual de Derecho de Familia”, 2ª Ed.; Gaceta Jurídica; 2002; pág. 204.

<sup>38</sup>VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; “Tratado de Derecho de Familia – Matrimonio y Uniones Estables”; Tomo II; Gaceta Jurídica; Lima; 1ª Ed.; 2011; página 351.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

marido observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden”; siendo que en el caso de autos se advierte que si bien existen tres hijos matrimoniales, Henry Raúl Puma Bustamante, nacido el 4 de octubre de 1985, Yuliana Haydee Puma Bustamante, nacida el 3 de febrero de 1983 y Marcia Ruth Puma Bustamante, nacida el 13 de diciembre de 1987, como se advierte de sus actas de nacimiento de fojas 4, 6 y 7, todos a la fecha de interposición de la demanda eran mayores de edad, de allí que este despacho se encuentra relevado de pronunciarse respecto del régimen familiar de los hijos.

**DECIMO CUARTO:** De los alimentos de los cónyuges:

El artículo 350 del Código Civil establece lo siguiente:

*“Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por 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 asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.*

*El ex cónyuge 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”.*

**DECIMO SEXTO:**

Del artículo antes citado se desprende como regla general que por el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer, salvo dos supuestos, el primero que se da cuando se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, y el otro -que se entiende que es el cónyuge inocente-, careciere de bienes propios o gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio; supuesto que no es el de autos toda vez que no se declara el divorcio por culpa de una de las partes, sino por la separación de hecho de los cónyuges, que constituye una causal de divorcio remedio; el segundo supuesto se da cuando uno de los cónyuges es indigente, caso en el cual debe ser socorrido aunque haya dado motivos para el divorcio.

**DECIMO SÉTIMO:**

Como se puede apreciar la regla general es que por el divorcio cesa la obligación alimentaria entre los cónyuges, siendo que en el presente caso la demandante señala que los alimentos para su persona han sido fijados judicialmente; por lo cual corresponde determinar si se debe declarar el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges o la continuidad de la pensión alimenticia a favor de la demandante.

En el caso materia de autos se advierte que en el Expediente N° 201-1998 seguido por Haydee Bustamante Alcántara, contra Raúl Agripino Puma Quispe, sobre alimentos, tramitado ante el Cuarto Juzgado Civil de Trujillo, mediante sentencia contenida en la resolución N° 14, de fecha 7 de julio de 1989, de fojas 129/130, se declaró fundada la demanda de alimentos fijándose una pensión alimentos a favor de la demandante, en su calidad de cónyuge y de sus menores hijos, habiéndose otorgado la pensión de alimentos según se expone en el considerando tercero de la sentencia en comento en virtud de lo siguiente: “Que las necesidades de los alimentistas fluyen de su propio estado de abandono por parte del alimentante, a lo que cabe agregar el elevado costo de vida y la modesta condición económica de la actora; y por lo demás el demandado al no entrar a juicio pone de manifiesto que carece de similares obligaciones que atender salvo las personales que se presume”.

**DECIMO OCTAVO:**

De la revisión de los actuados se advierte que la demandante no ha ofrecido medio probatorio que acredite la permanencia del estado de necesidad probado en ese entonces, esto es cuando se expidiera la sentencia de alimentos, atendiendo a que en ese año don Raúl Agripino Puma Quispe aun era esposo de la demandante y como tal aun tenía obligación de asistencia alimentaria entre cónyuges, situación jurídica que ha cambiado en la actualidad en que corresponde se declare disuelto el vínculo matrimonial. Cabe señalar que en un caso similar al que nos ocupa la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa estableció que al no haberse llegado a acreditar de manera fehaciente el estado de necesidad actual de la demandante que justifique la continuidad de la obligación alimentaria a favor de ésta, correspondía se declare el cese de la obligación alimentaria (Considerando veintidós de la sentencia de vista contenida en la resolución N° 20, de fecha 21 de mayo de 2018, expedida en el Expediente N° 931-2016); siendo esto así este Juzgado considera que en el presente caso corresponde se debe declarar el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges al no

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

haberse acreditado el estado de necesidad actual de ninguno de los aun cónyuges.

DECIMO NOVENO: Del fenecimiento de la sociedad de gananciales

De conformidad con el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, “Fenece el régimen de la sociedad de gananciales: 3. Por divorcio”. En aplicación del artículo antes citado, atendiendo a que en el presente proceso se ha determinado que corresponde se declare el divorcio entre la demandante y el demandado corresponde asimismo se declare el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Cabe señalar que de conformidad con la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, “La presente Ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta Ley”; siendo esto así estando a que la separación de hecho materia de autos ya existía a la fecha de entrada en vigencia de la ley antes mencionada, corresponde que se declare el fenecimiento de la sociedad de gananciales a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 27495, esto es a partir del 8 de julio de 2001.

VIGÉSIMO:

Con respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales del análisis de los medios probatorios aportados al proceso se advierte que con la copia literal de la Partida N° 02002061, expedida por la Zona Registral N° X – Sede Cusco se acredita que don Raúl Agripino Puma Quispe, en mérito a contrato de compraventa, es copropietario del inmueble ubicado en el Lote de terreno N° 06 de la Manzana “G” Asociación Pro Vivienda “Magisterial Sutep”- Paraje Quisquilla-Distrito de San Sebastián Provincia y Departamento del Cusco, como consta en la escritura pública de fecha doce de enero de dos mil uno y escritura pública de aclaración y declaración de fecha veintiséis de febrero de dos mil uno, extendida ante Notario Público J. Oswaldo Bustamante; estando a que el inmueble antes mencionado fue adquirido durante la vigencia de la sociedad de gananciales se trata de un bien social, siendo que como consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales, la demandante tiene derecho al 50% de las acciones y derechos que respecto del inmueble antes mencionado tiene a su vez derecho don Raúl Agripino Puma Quispe.

VIGÉSIMO PRIMERO:

Con respecto al negocio constituido por Raúl Agripino Puma Quispe denominado “Fundación Mecanizada Puma”, según la Ficha RUC 10239853761, que corre a fojas 72, se advierte que tiene como fecha inicio de actividades el 09 de octubre del 2003, fecha posterior al fenecimiento de la sociedad de gananciales, por lo que no constituye bien social.

VIGESIMO SEGUNDO:

Respecto al vehículo de placa X11196 inscrito en la Partida Registral N° 60538623 y vehículo de placa X31515 inscrito en la Partida Registral N° 60609276, del Resultado de Búsqueda en la Página Extranet de SUNARP, que corre a fojas 35, de fecha 21 de agosto de 2015, se advierte que en el Registro Público “ZR10”, figura como propietario de los mismos la persona de Raúl Puma Quispe, refiriendo el demandado que se trata de un homónimo y que su persona no tiene vehículos registrados a su nombre para lo cual presenta el Certificado Negativo de Registro de Bienes Muebles, Registro de propiedad Vehicular, expedido por la Zona Registral N° X – Sede Cusco, de fecha 30 de octubre de 2015, de fojas 71, según el cual: “En el registro de propiedad vehicular de la Zona Registral N° X – Sede Cusco no aparece anotado preventivamente o, pendiente de inscripción ningún vehículo a nombre de: Raúl Agripino Puma Quispe”.

Estando a que no existe medios probatorios que acrediten de manera fehaciente que los vehículos de placa X11196 y X31515, hayan sido de propiedad del demandado Raúl Agripino Puma Quispe, no corresponde se les considere como bienes sociales, dejando a salvo el derecho de la demandante de hacerlo valer en la vía pertinente.

VIGÉSIMO TERCERO: De la pérdida del derecho hereditario

De conformidad con el artículo 353 del Código Civil, “Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí”, por lo cual corresponde se declare la pérdida del derecho hereditario entre el demandante y la demandada.

VIGESIMO CUARTO: De la determinación del cónyuge perjudicado

El segundo párrafo del artículo 345 – A del Código Civil, incorporado por la Ley número 27495 dispone que “El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho”; teniendo en consideración que todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable, este despacho deberá pronunciarse, sobre si uno de los cónyuges ha

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

resultado más perjudicado por la misma, en base a los medios probatorios aportados al proceso.

### VIGÉSIMO QUINTO:

Sobre el Precedente Judicial Vinculante:

De conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil<sup>39</sup>, debe tenerse en cuenta la sentencia dictada por el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria<sup>40</sup>; en cuyo segundo párrafo del fallo, acápite 3.4., se determina “En todo caso el juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.” Aún más, en el párrafo cuarto se determina que “... una decisión de oficio o a instancia de partes sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse 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; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar, 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 relevantes.”<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el Art. 1° de la Ley N° 29364, publicado el 28 mayo 2009: Precedente judicial: “La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los Asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”

<sup>40</sup> Casación N° 4664-2010-Puno (18/03/2011)

<sup>41</sup> ALFARO VALVERDE, Luis: “La indemnización en la separación de hecho: Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal”; 1° Edición; Gaceta Jurídica SA; Lima-2011 Pág. 211

### VIGÉSIMO SEXTO:

Cabe señalar que en la STC recaída en el Expediente N° 00782 2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “El deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, no autoriza al Juez, en ningún caso, a fijar discrecionalmente una indemnización a favor de un supuesto cónyuge perjudicado, si es que este no ha denunciado algún perjuicio, ni existe prueba alguna en este sentido; o peor aún, si el interesado expresamente ha renunciado a tal pretensión o fue declarado en rebeldía. Si a pesar de tales circunstancias, el juzgador impusiera el pago de una indemnización, incurriría en una grave violación del principio de congruencia; puesto que, no solo habría aplicado el derecho no invocado, sino, fundamentalmente, habría incorporado hechos al proceso. Tal proceder judicial atenta directamente, además, con garantías esenciales de la administración de justicia, contenidas en el artículo 139 de la Constitución, como son la imparcialidad judicial y el derecho de defensa” (F.J. 12). En aplicación de lo expuesto por el máximo intérprete de la Constitución no será posible fijar una indemnización a favor de un supuesto cónyuge perjudicado si no existe prueba alguna en este sentido o si el interesado expresamente ha renunciado a tal pretensión.

### VIGÉSIMO SÉTIMO:

En atención al texto normativo y precedente judicial vinculante antes citados, la Juzgadora está en la obligación de pronunciarse por el cónyuge perjudicado, determinación que se hará de acuerdo a la apreciación que se haga de los medios probatorios, siendo que en el caso de existir cónyuge perjudicado se fijará una indemnización por daños, incluyendo el daño personal o se ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal; en este sentido, se procede a analizar la situación particular de la demandante y del demandado.

A) De lo actuado en el proceso está acreditado que el demandado es quien se retiró del domicilio conyugal en agosto de 1988 dejando a la demandante junto a sus menores hijos Henry Raúl Puma Bustamante, quien a dicha fecha tenía dos años de edad, al haber nacido el 4 de octubre de 1985, como se advierte del acta de nacimiento de fojas 4; Yuliana Haydeé Puma Bustamante de 5 años de edad, al haber nacido el 3 de febrero de 1983, conforme al acta de nacimiento de fojas 6; y Marcia Ruth Puma Bustamante de 10 meses de edad, al haber nacido el 13 de diciembre de 1987; de modo que es la

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

- demandante quien luego de la separación asumió el cuidado y protección de sus menores hijos.
- B) Asimismo, está acreditado que la demandante tuvo que demandar alimentos para ella y sus menores hijos, conforme está acreditado con los actuados del Expediente N° 201-1998, tramitado ante el Cuarto Juzgado Civil de Trujillo, que obran de fojas 125/174.
- C) Con el acta de matrimonio de fojas 91, está acreditado que el demandado con fecha 29 de junio de 1996 contrajo matrimonio con doña Elsa Chávez Yupanqui, con quien procreó dos hijos Edwin Raúl Puma Chávez y Marleny Ashley Puma Chávez, conforme está acreditado con las actas de nacimiento de fojas 92/93, nacidos el 3 de octubre de 1989 y 26 de marzo de 1992, lo que determina que luego de la separación el demandado rehízo su vida sentimental, formando una nueva familia; mientras que la demandante se dedicó al cuidado de sus hijos.
- D) Del Protocolo de Pericia Psicológica N° 009658-2017, de fecha de evaluación 20 de noviembre del 2017, de fojas 232/234, practicado a la demandante se desprende en el área socio emocional: *“...Al momento de la entrevista se muestra tranquila relajada, aunque muy incómoda por la situación legal que tiene que atravesar, se muestra lucida, orientada en tiempo y espacio, lugar, persona y en circunstancia de aseo personal adecuada y aliñada, su lenguaje es muy coherente y fluido, sus expresiones verbales son claras y comprensibles de ritmo normal y tono de voz alternante y entrecortante no evidencia presencia de neologismo. Su capacidad de juicio y sentido común se hayan conservadas con un adecuado juicio social, se aprecia cierta seguridad en su capacidad de atención, predominando un estado de ánimo ansiosa y angustiada, siente que ha sido tratada de modo injusto ante las exigencias de su ex pareja, por ello prefiere asumir actitudes positivas de tal manera que le permitan recuperar su tranquilidad y estado emocional en donde refiere tener plan para su vida para de esta manera permitirle tomar las decisiones importantes sobre su vida y la de su familia. Emocionalmente se muestra, ansiosa, desconfiada y muy recelosa ante un gran número de conflictos al que siente tener que enfrentar, con una sensación de impotencia por su incapacidad*

*para encontrarse soluciones que le resulten validas y eficaces. En el aspecto familiar proviene de una familia de estructura desintegrada y de dinámica negativamente disfuncional en donde nace evidente de la actual situación incómoda y decepcionante con la ex pareja al que descalifica en su rol paternal...”;* concluyendo que: *“...Con respecto a su estado emocional actual se halla experimentando reacciones de malestar incomodidad (molestia) de tipo situacional ante el conflicto legal con ex pareja. No se hallan indicadores de alteraciones significativas en el área cognitiva, social, ni conductual por el hecho que relata. No se halla indicadores psicopatológicos de afectación como consecuencia del divorcio...”;* lo que revela que si bien la demandada se vio afectada por el abandono moral y material en que la dejó el demandante junto a sus tres hijos, logró superar la separación constituyendo sus hijos su principal motivo para seguir adelante, siendo que a la fecha si bien no presenta afectación emocional, ello no descarta que en su momento se haya visto afectada al tener que afrontar sola el hecho de sacar adelante a sus tres hijos.

### VIGÉSIMO OCTAVO:

De todo lo expuesto resulta evidente que luego de la separación de hecho la demandante quedó en una situación de desventaja en relación al demandado, al tener que hacerse cargo sola del cuidado y protección de sus tres menores hijos, habiendo tenido que interponer demanda de alimentos a favor de sus menores hijos y el suyo propio, lo que revela el abandono moral y material por parte del demandado, quien luego de la separación logró rehacer su vida y formar una nueva familia.

Si bien del Protocolo de Pericia Psicológica antes citado se advierte que la demandante actualmente presenta reacciones de molestia de tipo situacional y pasajero ante conflicto de relación y comunicación con su ex pareja, esto no quiere decir a criterio de esta juzgadora que los hechos materia del presente proceso no hayan comprometido gravemente el legítimo interés personal de la demandante, el cual se presume por la forma en que ocurrieron los hechos, de ahí que ante el padecimiento que se presume ha sufrido la demandante corresponde se le indemnice con una suma prudente y razonable considerando que a la fecha los hechos han sido superados, quedando tan solo una reacción de molestia de tipo situacional y pasajera; por lo que corresponde se

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

le fije una indemnización por el daño moral causado ascendente a la suma de S/. 10,000.00 soles.

### VIGÉSIMO NOVENO:

De conformidad con el artículo 412 del Código Civil: “La imposición de la condena en costas y costos no requiere ser demandada y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de la exoneración”; por lo cual corresponde se ordene el pago de costas y costos al demandado.

### III. DECISION:

Por estas consideraciones de conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, administrando justicia a nombre de la Nación, SE RESUELVE:

1. Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda de divorcio interpuesta por doña HAYDEE SALOME BUSTAMANTE ALCANTARA, contra don RAUL AGRIPINO PUMA QUISPE y el MINISTERIO PÚBLICO, por la causal de separación de hecho. en consecuencia:

- xiii. Se declara DISUELTO el Vínculo Matrimonial contraído por doña HAYDEE SALOME BUSTAMANTE ALCANTARA y don RAUL AGRIPINO PUMA QUISPE, ante la Municipalidad Distrital de Santa, Provincial Del Santa, Departamento de Ancash, el 08 de noviembre de 1983.
- xiv. Se ordena el CESE de obligación alimentaria recíproca entre los cónyuges; y en consecuencia el cese de la pensión de alimentos con la cual don RAUL AGRIPINO PUMA QUISPE, acude a doña HAYDEE SALOME BUSTAMANTE ALCANTARA, ordenada en el Expediente N° 201-1988, tramitado ante el Cuarto Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- xv. Se declara FENECIDO el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, a parir del 08 de Julio del 2001.
- xvi. Se determina que las acciones y derechos de propiedad de don RAUL AGRIPINO PUMA QUISPE en el lote de terreno N° 06 de la Manzana “G” Asociación Pro Vivienda “Magisterial Sutep”- Paraje Quisquilla-Distrito de San Sebastián Provincia y Departamento del Cusco, inscrito en la Partida N° 02002061, de la Zona Registral N° X – Sede Cusco, al constituir bienes sociales pertenecen un 50% a don RAUL AGRIPINO PUMA QUISPE y el otro 50% a doña HAYDEE SALOME BUSTAMANTE

ALCANTARA, el cual se liquidará en ejecución de sentencia.

- xvii. Se determina que el negocio constituido por el demandado denominado “Fundación Mecanizada Puma”, no constituye bien social; así como no se emite pronunciamiento respecto de la naturaleza social de los vehículos de placas X11196, inscrito en la Partida Registral N° 60538623 y X31515 inscrito en la Partida Registral N° 60609276, de la Zona Registral X – Sede Cusco, dejando a salvo el derecho de la demandante para que lo haga valer en vía de acción.
  - xviii. Se declara la PÉRDIDA del derecho hereditario entre los cónyuges
  - xix. Se declara que doña HAYDEE SALOME BUSTAMANTE ALCANTARA, es cónyuge perjudicada con motivo de la separación de hecho y como consecuencia se ordena a su favor el pago de una indemnización por la suma de DIEZ MIL y 00/100 SOLES (S/ 10,000.00 soles), por concepto de daño moral.
2. Declarar INFUNDADA la reconvenición de divorcio interpuesta por don RAUL AGRIPINO PUMA QUISPE, en contra de doña HAYDEE SALOME BUSTAMANTE ALCANTARA y el MINISTERIO PÚBLICO, por la causal imposibilidad de hacer vida en común.
3. En caso de no ser apelada la presente sentencia, ELÉVESE en consulta a la Superior Sala Civil; y EJECUTORIADA que sea cúrsese los partes a Registros Públicos para su inscripción respectiva y ofíciase a la Municipalidad Distrital de Santa, de la provincia Del Santa, del departamento de Ancash, para los fines pertinentes, previo pago del arancel judicial respectivo por derecho a expedir partes judiciales a inscribirse en los registros respectivos; asimismo Ofíciase al Cuarto Juzgado Civil de Trujillo, acompañando copia certificada de la presente resolución a fin que se trasunte en el Expediente N° 201-1988 al haberse dispuesto el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges, con pago de costas y costos. Interviniendo la Secretaria Judicial que suscribe por disposición superior. Notifíquese.-

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

### ANEXO 4: Expediente N° 2355-2017-2501-JR-FC-01

Resolución Número: ONCE Chimbote, Nueve de Octubre Del dos mil dieciocho.///

I. PARTE EXPOSITIVA: VISTOS: Con los autos expeditos para emitir la sentencia que corresponde; Resulta de autos: 1. Petitorio: Doña Alina Mercedes Silva Espinoza, con los documentos de fojas uno a treinta seis, escrito de demanda de fojas treinta y nueve a cuarenta y nueve, subsanada mediante el escrito de fojas cuarenta y ocho a cuarenta y nueve, recurre a este Despacho a solicitar el Divorcio por la causal de sep 2.1.5. Refiere que si bien no cuenta con documento idóneo que acredite el daño causado por la separación, sin embargo debe tenerse en cuenta el daño moral causado a su persona y a su hijas pues el demandado no las visita ni mucho menos cumple con las pensiones alimenticias; asimismo solicita el pago de honorario a su abogado defensor por el presente proceso ya que la pedirle este divorcio de manera conciliatoria este se negó rotundamente, razón por la cual tuvo que iniciar el presente proceso. 2.1.6. Refiere que el establecimiento del elemento material, es decir la dejación, verificación de la constitución y ultimo conyugal, precisa que la decisión de separarse fue de ambos, empero el demandado ha abandonado de forma moral y económica a sus hijas, asimismo cuando le comunico para realizar el trámite de divorcio ante la municipalidad conforme lo acordado este se negó, obligándola a recurrir a este despacho judicial a fin de incoar la presente demandad, siendo constituido su ultimo domicilio conyugal el ubicado en Jr. Tangay N° 172-Urb. Bueno s Aires II Etapa- Distrito Nuevo Chimbote- Provincial del Santa, Departamento Ancash, domicilio que pertenece. 2.1.7. Sostiene que como pretensión accesoria sobre la patria potestad de Tenencia y Custodia, de sus hijas solicita que le sea reconocida la tenencia de hecho, asimismo en cuanto a los alimentos advierte que existe un proceso por el cual se ha conciliado una pensión de alimento a favor de la recurrente y las menores hijas. 2.2. Fundamentos del Ministerio Público: Conforme al escrito de su propósito (ver fojas 56-58), el señor Representante de la Primera Fiscalía de Familia, asevera que: ----- 2.3.1. Analizando los medios probatorios ofrecidos por la demandante, se aprecia que ninguno de ellos acredita que la demandante se haya separado de hecho del demandado en forma ininterrumpida por el tiempo estipulado en la norma como causal de divorcio,

más aun si de la partida de nacimiento de la última de sus hijas data del 30 de octubre del 2012, por lo que se debe declarar improcedente.--- 2.3.2. En todo caso, en el supuesto negado de que se llegara a acreditar el cumplimiento de los elementos ineludibles que se indica, se debe velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, siendo necesario señalar a su favor una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, en el caso de existir, debiendo seguirse los lineamientos del Tercer Pleno Casatorio Civil.--- 2.3 Fundamentos del co-demandado: --- No existe al haber sido absuelta la demanda en rebeldía del demandado, conforme a la resolución número cuatro (ver fojas 64).---- 3. Puntos Materia de Prueba: 3.1. De la pretensión principal: 1.- La verificación de la constitución del domicilio conyugal.- 2.- La verificación de la existencia de la separación de hecho entre los cónyuges por más de cuatro años.- 3.- La verificación de cuál de los cónyuges realizó la dejación y que esta no haya sido por razones laborales o por causas de fuerza mayor a efectos de determinar la existencia del cónyuge más perjudicado con la separación.- 4.- La verificación de que tal dejación se haya realizado por más de dos años o cuatro si es que hubieren hijos menores de edad.- 5.- La verificación del derecho alimentario de los cónyuges y de los hijos procreados dentro del matrimonio; 3.2. De las pretensiones accesorias: 1.- La verificación de quien debe asumir la tenencia de las hijas procreadas dentro del matrimonio y la determinación del régimen de visitas que corresponde.- 2.-La verificación del derecho alimentario de loas aun cónyuges y de los hijos procreados dentro del matrimonio; 3.- La verificación de la existencia de bienes sociales susceptibles de liquidación; 4.- La verificación del daño causado en la demanda y/o demandante a efectos de determinar si corresponde o no la fijación de una indemnización a la parte afectada.

### II. PARTE CONSIDERATIVA:

2.1. De la Tutela Jurisdiccional Efectiva: La tutela jurisdiccional efectiva constituye un derecho fundamental de la persona reconocida en el inciso 3° del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; y, para ello una persona, “...en ejercicio de su derecho de acción, puede interponer una demanda para la obtención o reconocimiento de un derecho según su pretensión, el que deberá estar amparado en la Ley y en los hechos...”<sup>1</sup> ; de allí que el demandante, al interponer la presente demanda de divorcio por la causal de separación

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

de hecho; y, al ser admitida a trámite por el órgano jurisdiccional, está haciendo efectivo su derecho al acceso a la justicia. Sin embargo, tal derecho “...es un concepto abstracto distinto a la relación material discutida en el proceso y, se agota cuando las partes mediante el derecho de acción hacen valer sus pretensiones al incoar la demanda, contestar la misma, al reconvenir y de acuerdo a otras formas procesales para hacerla valer conforme prevé la ley procesal, por tanto el sentido del fallo justo o injusto no depende de esta institución procesal sino de otras categorías sustanciales y procesales que se desenvuelven en el proceso y terminan con la sentencia.”<sup>2</sup> -----

2.2. De los presupuestos procesales y las condiciones de la acción: “El derecho de acción, en virtud del cual, cualquier persona tiene el derecho de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente, tiene requisitos que cumplir, los cuales son: a) Los presupuestos procesales; y, b) Las condiciones de la acción; lo que explica el por qué el Código Procesal Civil, en sus artículos 426 y 427, ha facultado al Juez la verificación del cumplimiento de estos requisitos al momento de interponerse la demanda; siendo su insatisfacción causal para declarar ya sea la inadmisibilidad de la demanda o su improcedencia, según sea el caso...”<sup>3</sup> ----- Es, conforme al artículo 121 del Código Procesal Civil que en su parte in fine faculta al Juzgador, como última posibilidad, el re-examinar tales requisitos a efectos de posibilitar un pronunciamiento válido; y, en el caso de autos se determina que: a) La pretensión de la parte accionante se encuentra respaldada en norma sustantiva prevista en el inciso 12° del artículo 333 del Código Civil, adicionado por la Ley número 27495; b) Con la copia del documento nacional de identidad de fojas uno se acredita la capacidad procesal de la parte demandante y con el acta de matrimonio de fojas cuatro, se acredita su legitimidad activa a efectos de solicitar el divorcio por la causal de separación de hecho, en tanto la norma invocada en el acápite precedente, establece 24 del Código Procesal Civil<sup>5</sup>; e) Se han cumplido con los requisitos del artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil, determinándose en consecuencia, que se ha verificado correctamente con los presupuestos procesales y las condiciones necesarias de la acción, a efectos de emitir un pronunciamiento de fondo válido.----

2.3. De la notificación a los demandados: El Ministerio Público y el demandado don Víctor Uldarico Llanos Muñoz tienen pleno conocimiento del proceso prueba de ello, son los apersonamientos,

el primero de los nombrados, mediante el escrito de fojas cincuenta y seis a cincuenta y ocho y, respecto al co demandado se acredita su notificación mediante constancia de notificación que obra a folios 52 a 53, con lo cual se ha dado pleno cumplimiento a lo establecido por el artículo 155 del Código Procesal Civil, aplicado en vía supletoria; habiéndose garantizado su derecho a la defensa<sup>6</sup> .---

2.4. De la pre – existencia del Matrimonio Civil y de la existencia de hijos matrimoniales: 2.4.1. Con el acta de matrimonio de fojas cuatro, se acredita que don Uldarico Víctor Llanos Muñoz y doña Alina Mercedes Silva Espinoza, contrajeron matrimonio civil el día veintiocho de mayo del dos mil once, por ante la Municipalidad Distrital de Nuevo Chimbote.-----

2.4.2. Del acápite primero de los fundamentos de hecho del escrito de demanda (ver fojas 39), la demandante señala que producto del matrimonio contraído con el demandado, han procreado dos hijas de nombres María Jesús Llanos Silva y Victoria Carolina Llanos Silva de 7 y 4 años de edad, la misma que acredita su existencia con las partidas de nacimiento que obra folios cinco a seis en donde se advierte el reconocimiento expreso del demandado, por ende, se acredita que los hijos habidos entre las partes en litis, a la fecha de presentación de la demanda, contaban con minoría de edad.-----

2.5. Del requisito de procedibilidad: 2.5.1.- El artículo 345 – A del Código Sustantivo, incorporado por la Ley número 27495, establece que para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333, antes indicado, el demandante deberá acreditar que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas de mutuo acuerdo; siendo ello así, resulta evidente que la norma acotada establece requisitos de procedibilidad para la interposición de la presente acción, cuyo cumplimiento deberá ser analizado por el A’quo; y, del análisis de los medios probatorios aportados al proceso, se determina que no se ha acreditado en el proceso, la existencia de sentencia u orden judicial, menos la existencia de compromiso extrajudicial que obligue a la hoy demandante el cumplimiento de una pensión alimenticia a favor del aún cónyuge; de allí que tal, se encuentra exceptuado del cumplimiento de dicho requisito de procedibilidad.-----

2.5.2.- Las resoluciones judiciales deben ser “...el resultado de un proceso dialéctico sujeto a la observancia de las normas establecidas en la ley y exterioriza una decisión jurisdiccional, por tanto, el Juez debe proceder a la reconstrucción de los hechos, analizar las declaraciones, examinar los

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

documentos, apreciar las pericias, establecer presunciones, utilizar los estándares jurídicos, aplicando para ello su apreciación razonada o, como también se llama, las reglas de la sana crítica, a fin de comprobar la existencia o inexistencia de los hechos alegados por la parte actora y de la demandada.<sup>7</sup> - 5 Artículo 24 del Código Procesal Civil: “Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante: 2. El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad;...”<sup>6</sup> “El Derecho a la Defensa es una de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia, a través de la cual se efectiviza el derecho de contradicción; en el proceso civil se cumple con tal atribución cuando se ha dado a las partes la oportunidad de ser oída, oponer defensa y producir pruebas” (Casación N° 1473-2000/Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 02/01/2001. Pág: 6697-6698) 7 Casación N° 2020-2003/Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 11/05/2004, citado por PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.: Ob. Cit. Pág. 204-207. 2.5.3.- En el caso de autos y, del análisis de los medios probatorios aportados al proceso, se determina que: ---- A) De la revisión de los autos se advierte que a folios veintiocho a veintinueve obra el acta de audiencia única del expediente N° 1125-2013 -0-251-JP-FC-02, de fecha trece de noviembre del dos mil trece, en el cual el demandado se compromete a acudir a favor de sus hijas con la suma de S/ 1,400.00 soles y a favor de la demandante como cónyuge la suma de S/ 100.00 soles, lo que hace un total de S/ 1,500.00. B) De folios veintidós obra la resolución veintiséis de fecha dieciséis de agosto del año dos mil dieciséis en el cual se advierte que se le corre traslado de una liquidación por pensiones de alimentos correspondiente al periodo de setiembre del 2015 hasta mayo del 2016, de lo cual se puede colegir que el demandado no se encuentra al día en las pensiones de alimentos, sin embargo es de precisar a fin de valorar el presupuesto establecido en el presente fundamento, la demanda de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho, ha sido incoada por doña Alina Mercedes Silva Espinoza a quien no es exigible el presente requisito.----- 2.6. De la Separación de Hecho: La separación de hecho “...es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos

esposos”<sup>8</sup> ; de allí que, para los efectos del presente proceso, deberá de analizarse si los hechos cumplen el elemento material, subjetivo y temporal que tipifica la presente causal y si, el accionante ha cumplido con el requisito de procedibilidad a que se refiere la 3° Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley número 27495; es decir, que la separación no se produzca por razones laborales o que no se deba a un grave peligro para la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges. No obstante ello y si bien, doctrinariamente se ha establecido como presupuestos de la causal que nos ocupa los elementos antes referidos, también lo es que del análisis del inciso 12 del artículo 333 adicionado por la Ley tantas veces acotada, se verifica que sólo se alude a dos elementos constitutivos a saber: a) El elemento objetivo, determinado por el hecho objetivo del alejamiento de ambos cónyuges y, b) El elemento temporal, determinado por los dos años si es que no existen hijos menores de edad, caso contrario dicho plazo se convierte en cuatro. Determinándose en conformidad con lo previsto por el artículo 345-A, que el elemento subjetivo sólo se tendrá en cuenta para los efectos de determinar al cónyuge perjudicado en atención al requisito de procedibilidad o la indemnización por daños, allí establecida.----- 2.7. De la constitución del Domicilio Conyugal<sup>9</sup> : 2.7.1. La parte demandante, en el acápite octavo de demanda [ver fojas 41], señala que el hogar conyugal se constituyó en Jr. Tangay N° 17 2-Urbanización Buenos Aires II Etapa-Nuevo Chimbote, comprensión de ésta Provincia del Santa – Ancash.----- 2.7.2. De la revisión de los medios probatorios aportados al presente proceso, ninguno se encuentra dirigido a acreditar el último domicilio en donde las partes vivieron de consuno; y más si tenemos que el demandado tiene la condición de rebelde el mismo que no ha hecho uso de sus derecho a contradecir lo vertido por la demandante, lo que hace suponer que de conformidad a lo prescrito en el artículo 461° del Código Procesal Civil, la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuesto en la demanda. ---- 2.7.3. Debe tenerse en cuenta que para los efectos de la presente causal, la misma, responde a una causal no inculpatoria, la que considera sólo el aspecto objetivo para su configuración, de allí que, siendo tal causa objetiva, la ruptura de la vida en común la que de modo inmediato justifica la demanda con independencia del origen del cese efectivo de la convivencia; no existe necesidad de acreditar el domicilio conyugal, que si es 8 PLACIDO

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

VILCACHAGUA, Alex F: Ob. Cit. Pág. 48 9 “La separación de hecho supone la violación del deber de cohabitación, deber que impone a ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal; el mismo que se constituye en aquél en el cual los cónyuges viven de consuno”. IDEM. Pág. 52 imprescindible en una causal inculpatoria. La sola separación de hecho de los cónyuges con prescindencia de la probanza de la casa conyugal permite la configuración de este elemento para la determinación de la causal; así lo sostiene la doctora Carmen Julia Cabello Matamala al comentar la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio en: Código Civil Comentado, Tomo II: Derecho de Familia (Primera Parte) Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, Página quinientos veintisiete y que este Despacho asume.----- 2.8. Del Elemento Objetivo de la causal: Constituida por la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad de la convivencia, que sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal y que viola el deber de cohabitación que obliga el matrimonio; de la revisión de los medios probatorios aportados al proceso, se verifica que: ----- A) La parte accionante afirma en el acápite segundo del escrito de demanda [ ver folios 40], la demandante refiere que : “Debido a la incompatibilidad de caracteres decidimos separarnos en el mes de febrero del año 2012, cuando contaba apenas con dos mes de embarazo de su segunda hija, sin embargo el demandado después de la separación nunca más volvió a visitar a nuestras hijas ni mucho menos cumple con su obligación de padre razón por la cual en el mes de agosto del 2013 del 2013; Tales dichos, tienen el carácter de declaración asimilada, en conformidad con el artículo 221° del Código Adjetivo, en dicho sentido o, el demandado ha confirmado lo expuesto por el accionante, en el sentido que no realizan vida en común; es decir, ha aceptado la ruptura de la vivencia en común.— D) A mayor abundamiento, se advierte que las partes en litis mantienen domicilios disímiles; es decir, el demandante ha señalado como su domicilio real en Jr. Tangay N° 172-urb. Buenos Aires II Etapa-Nuevo Chimbote conforme es de verse del escrito postulatorio tantas veces referido, y, el demandado, en Pueblo Joven Amazonas Mz. K Lte. 17- Asentamiento Humano Esperanza-Chimbote, cuya permanencia se verifica con el informe social realizado en dicho domicilio antes mencionado en el cual doña Margarita Sevillano indica que el demandado no se encuentra en casa y menos en la ciudad... quien por motivos de

trabajo en donde viene realizando campaña electoral se encuentra por la sierra de Ancash; siendo ello así, se confirma la existencia de la separación entre los cónyuges.---- 2.9 Del Elemento Temporal de la causal: Constituida por la permanencia en el tiempo de una separación de hecho, de allí que, resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal; y, de la revisión de los medios probatorios aportados al proceso, se verifica que: ----- - A) Como se ha indicado en el acápite anterior, la demandante señala que la separación se produjo en el mes de febrero del 2012 y que se encuentran separados hace más de cinco años; dicho que lo ha refutado el Ministerio Público, en el escrito de contestación de demanda (ver fojas 56-58), al señalar que, los documentos adjuntados por el accionante en el escrito postulatorio, no son suficientes para acreditar la intención de poner fin al vínculo matrimonial y que aquél no retornó al hogar conyugal en fecha posterior.----- B) No obstante lo antes indicado, debe tenerse en cuenta que el demandado no se ha apersonado al presente proceso, pero es de advertir del Sistema Integrado Judicial-SIJ, que existe un proceso instaurado en el expediente N° 1955-2016-0-2501-JR-FC-03, sobre divorcio por causal, seguido por las mismas partes, en el cual el demandado Uldarico Víctor Llanos Muñoz a través del escrito de fecha 06 de enero del 2017, se apersona al proceso y contesta la demanda indicando que es cierto, que la separación se produjo sin embargo fue por decisión de la demandante y se produjo en el segundo semestre 2013, estableciéndose que el demandado no sólo no ha negado la separación con el demandante, sino además, señala que la separación, data desde el 2013, sin precisar día y mes; por lo que, éste despacho considera que, la corroboración expresa realizada por el demandado, da certeza a la Juzgadora que las partes se han separado de hecho, interrumpiendo la vida en común y por ende el cumplimiento de los deberes maritales que le impone el matrimonio.---- C) Ahora bien, como se observa, el demandante señala que la separación se produjo en el mes de febrero del 2012, no acreditando tal dicho, máxime que en su evaluación social esta refiere que su separación es hace cinco años. En dicho sentido, teniéndose en cuenta el tiempo de separación señalado por la accionada, computando retroactivamente desde la fecha de realización del informe social de dicha parte, veintiuno de mayo del dos mil dieciocho la separación se habría producido en el año dos mil trece, es decir, después de lo indicado en su escrito de

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

demandada, más aun si la demanda de alimentos interpuesta por la demandante en contra del demandado data del mes de agosto del 2013; confirmando el tiempo de separación aducido por la accionada y teniendo la fecha última indicada, se colige que la separación se habría producido en el año mil trece.---- D) Siendo ello así y, éste despacho llega al convencimiento que la fecha cierta de separación se produjo en el mes de agosto del año 2013.----- 2.10. Respecto al Cómputo del Plazo: Atendiendo a lo establecido en el considerando precedente, la fecha cierta de la separación de hecho deberá ser computado a partir del mes de agosto del año 2013, siendo que, en autos se ha acreditado la existencia de hijos menores de edad, el plazo conforme al inciso 12 del artículo 333 del Código Civil modificado por la Ley número 27495, es de cuatro años, consecuentemente, a la fecha de ingreso de la demanda de fojas treinta y nueve a cuarenta y tres, el 25 de setiembre del 2017, el plazo de cuatro años se ha cumplido.----- 2.11. De la existencia del cónyuge más perjudicado con la separación: 2.11. 1. Sobre el Precedente Vinculante: De conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil<sup>10</sup>, debe tenerse en cuenta la sentencia dictada por el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria<sup>11</sup>; en cuyo segundo párrafo del fallo, acápite 3.4., se determina “En todo caso el juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado- la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.” Aún más, en el párrafo cuarto se determina que para “... una decisión de oficio o a instancia de partes sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse 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; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar, 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 relevantes.”<sup>12</sup> .--- 2.11.2. Debe tenerse presente que el 2º párrafo del artículo 345 – A del Código Civil, incorporado por la Ley número 27495 dispone que “el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación”; teniendo en consideración que todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable, este Despacho deberá pronunciarse, sobre si uno de los cónyuges ha resultado más perjudicado por la misma, en conformidad con los medios probatorios aportados al proceso; y, del análisis de los autos se advierte que:----- ---- A) La actora en el numeral séptimo de la demandada y en el escrito de subsanación de fecha 05 de octubre del 2017, refiere textualmente que: “Se debe tener en cuenta el daño moral causado a mi persona y a mis hijas porque no las visita un ¿i mucho menos cumple con la pensión alimenticia (...) por lo que solicita se le indemnice con una reparación civil equivalente a S/ 5, 000.00 soles...” B) A mayor abundamiento, debemos delimitar un breve concepto a fin de desarrollar el presente fundamento. Respecto al daño moral, podemos indicar que este produce pena, dolo, sufrimiento, y con frecuencia es transitorio. Cabe por tanto que estado de ánimo se mitigue o desaparezca con el tiempo. Asimismo FERNANDEZ SESSAREGO, sostiene que “ El daño moral es uno de los múltiples daños sicosomático que pueden lesionar a la persona 10 Artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el Art. 1º de la Ley N° 29364, publicado el 28 mayo 2009: Precedente judicial: “La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.” 11 Casación N° 4664-2010-Puno (18/03/2011) 12 ALFARO VALVERDE, Luis: “La indemnización en la separación de hecho: Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal”; 1º Edición; gaceta

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Jurídica SA; Lima-2011 Pág. 211 por lo que debe considerarse como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto. Resulta así una modalidad síquica del género daño a la persona<sup>13</sup>. Debido a la esencia del daño moral, resulta compleja la cuantificación de la indemnización, ya que estos bienes personalísimos no tienen valor establecido en el mercado, en el cual un juez pueda basarse para hacer este cálculo. En lo que respecta a nuestra normatividad vigente, el Artículo 1969° del CC señala que: “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. En ese sentido, es importante resaltar que el daño puede ser una acción u omisión, ilícita y antijurídica, que contraviene el principio de *alterum non laedere*, por tanto tiene que producirse el daño para que se dé la obligación de repararlo. Ahora bien, en el caso en concreto que nos ocupa respecto al daño del proyecto de vida en común, es aquella lesión que desordena el sentido existencial de la persona, que compromete su propio ser, además de truncar de raíz el sentido valioso de la vida<sup>14</sup>. Es un daño de gran magnitud que afecta la manera en la que el sujeto ha decidido vivir, es decir, trunca el destino de la persona, haciéndole perder el sentido de su existencia como persona. En efecto, este tipo de daño acompaña a la persona durante toda su vida, porque afecta de manera radical su “ser” debemos precisar que el pleno casatorio, señala que el daño al proyecto de vida matrimonial se considera indemnizable siempre y cuando exista un nexo causal entre los perjuicios sufridos y el divorcio en sí. Sus consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias se manifiestan durante toda su existencia. Se considera un daño futuro porque todavía no existe pero que ciertamente va a existir y que se evidenciará con el dictado de la sentencia judicial. Cabe señalar que en la STC recaída en el Expediente N° 00782 2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, no autoriza al Juez, en ningún caso, a fijar discrecionalmente una indemnización a favor de un supuesto cónyuge perjudicado, si es que este no ha denunciado algún perjuicio, ni existe prueba alguna en este sentido; o peo cognitiva social ni conductual por el hecho que relata. No se hallan indicadores psicopatológicos de afectación como consecuencia del divorcio...”.

Protocolo de Pericia Psicológica N° 004394-2018-PSC, practicado a la niña María Jesús Llanos Silva, en el que se concluye que: “En el área emocional expresa frente a la figura paterna un gran resentimiento, cólera frente al abandono, preocupación por la situación económica, con una gran necesidad que se le castigue o sancione por las situaciones difíciles que han tenido que pasar, con una gran influencia materna, ya que es quien vive con la menor, y puede percibir todo el malestar ocasionado, se evidencia indicadores de tensión emocional”. Protocolo de Pericia Psicológica N° 004393-2018-PSC, practicado a la niña Victoria Carolina Llanos Silva, en el cual se concluye que: “Estado mental conservado sin indicadores que limiten percibir y valorar su realidad. Se evidencia indicadores de afectación emocional, problemas en su desarrollo, en el área de lenguaje presencia de dislalias”. Informe Social N° 060-2018-CCM-TS-EM, practicado a la demandante, en el cual se advierte que en sus antecedentes familiares relata que: “Al inicio de la relaciones matrimonial se dieron dentro de los límites normales, pero como el demandado laboraba como regidor de la comuna provincial del Santa y es dueño de la línea de colectivos N° 31 de la ruta Chimbote a San Pedro, salía de la casa y retornaba tarde, o se desaparecía un día o dos días fundamentando que tenía reuniones continuas... comenta que la relación entre ambas partes se fue deteriorando progresivamente con la falta del demandado a sus hijas no las veía continuamente; pese a que la demandante le reclamaba que se acerque a sus hijas y mantenga una relación fraternal pero no fue así, refiere la demandante. Hasta que el demandado se aleja definitivamente de la familia, su hija mayor si conoce a su padre pero no desea verlo ya que su imagen de padre ha sido ocupada por su tío materno que se encuentra en el extranjero y que llega al Perú los fines de año donde comparten...” situación de vivienda, socio-económica, y Salud, se advierte que la recurrente habita la vivienda de propiedad de la madre de esta, con quien vive en compañía de sus hijos, la demandante labora como Obstetra en el centro médico Satélite del MINSA donde percibe un ingreso mensual de S/ 800.00 soles, recibe el apoyo del su hermano quien labora en el extranjero, no cuentan con seguro social. Precisa que no han adquiridos bienes sociales. Ahora bien, de los medios probatorios aportados al presente proceso, ninguno se encuentran dirigido acreditar el abandono del demandado de la casa conyugal, ni el presunto acuerdo de separación entre las partes; sin embargo resulta indiscutible que fue el demandado quien se retiró del hogar conyugal,

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

conforme esté ha resaltado en su escrito de fojas 90 a 92. Tal situación lo hizo cuando sus hijas frisaban entre 3 años y 1 año de edad. Lo que habría ocasionado afectación emocional a la demandante por tal hecho. Lo que resulta evidente que al retiro del demandado del hogar conyugal, quien asumió la responsabilidad en la crianza de las hijas fue la demandante es decir asumió la tenencia y custodia de hechos así como la dedicación al hogar, hecho que se puede corroborar con el informe social de fojas 82 a 85, así como el proceso instaurado en contra del demandado sobre alimentos en el expediente N° 1125-2013-0-2501-JP-FC-02. Lo que permite inferir además que como consecuencia de la separación, El perjuicio económico ocasionado al asumir sola la manutención de sus hijas a fin de mantener el nivel de vida que venía disfrutando durante el matrimonio, aunado a ello si bien no se acreditado la afectación emocional en la actualidad, no es menos cierto que a la fecha de la separación la demandante tuvo que atravesar no solo el hecho de la interrupción del proyecto de vida matrimonial si no frente al detrimento, como el honor, prestigio, consideración social, máxime que es de advertir de las evaluaciones psicológicas son las niñas del matrimonio María Jesús y Victoria Carolina, son quienes evidencian la afectación emocional a la actualidad, lo que permite colegir que es la demandante quien a criterio de este Despacho resulta ser la cónyuge más perjudicada con la separación; de allí que deberá señalarse la indemnización correspondiente.- 2.12. De las Pretensiones Accesorias: El artículo 345 del Código Civil prescribe que, en caso de separación de hecho, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia; y, en el caso de autos, se advierte la existencia de las niñas María Jesús Victoria Carolina Llanos Silva, de allí que este Despacho corresponde su pronunciamiento sobre este extremo.----- 2.12.1.- De la patria Potestad, Tenencia y alimentos del hijo menor de edad: A) Conforme a lo previsto por el artículo 420 del Código Civil, entre otros supuestos, en caso de divorcio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quién se confían los hijos en tanto que el otro, queda suspendido en su ejercicio, no por pérdida o privación, sino porque así lo establece la norma; por ello, descartadas las causales que devendrían en una pérdida o privación, materialmente lo que se pretende es el establecimiento del ejercicio de la tenencia por

uno de los padres, en el entendido que, dada la separación de los progenitores, no es posible que ambos ejerciten de manera conjunta la custodia y protección de los hijos, salvo los casos en donde se pueda determinar una tenencia compartida, la que no es posible en el caso de autos dado que, la demandante expresamente ha peticionado que su ejercicio sea a favor de la de ella (ver segundo párrafo del escrito de subsanación fojas 48); y que el demandado tiene la condición de de rebelde. Cabe advertir que de la revisión del expediente N° 01125-2013-0-2501-JP-FC-02, en el Sistema Integrado Judicial- se extrae la resolución número treinta y cinco de fecha diecisiete de abril del 2018, en el cual se puede advertir que existe un liquidación de pensiones devengadas aprobadas por el monto de Veintiséis mil veintiuno con 00/100 soles-S/ 26, 021.47, correspondiente al periodo de Junio del 2016 hasta Octubre del 2017, la misma que al incumplimiento de pago se ha hecho efectivo el apercibimiento de remitir copias certificadas al Ministerio Publico para la denuncia por Omisión a la asistencia familiar, mediante resolución treinta y seis de fecha veintiséis de julio del año 2018, lo que permite colegir que el demandado no cumple con su obligación alimentaria por lo que la tenencia de las niñas antes mencionadas seguirá siendo ejercida por la demandante, hasta su mayoría de edad, estableciéndose como régimen de visitas a favor del demandado los días domingos desde las diez de la mañana hasta las cinco de la tarde. B) En lo que respecta a los alimentos de las niñas en mención y, habiendo determinado la existencia del proceso alimentario número 01125-2013 a favor de las mismas, se acredita su preexistencia; por lo que, deviene en inoficioso pronunciarse sobre dicho extremo. 2.12.2. De los Alimentos de los cónyuges: Para determinar la procedencia de la aplicación de la regla general del artículo 350 del Código Civil, es decir, que por el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer; deberá analizarse si esta incurra en alguna de las causales de excepción previstas en la norma antes referida<sup>15</sup>; y. en el caso de autos, tampoco se ha acreditado que algunos de los cónyuges se encuentra en estado de necesidad, la que debe ser acreditado con los medios probatorios permitidos por ley; en tal sentido, no habiéndose acreditado en autos que tal se encuentre en alguno de los supuestos de excepción del artículo 350 del Código Sustantivo, éste despacho determinará el cese recíproco entre los cónyuges, es decir, la aplicación de la regla general de la norma antes indicada.----- 2.12.2 De la existencia de Bienes Sociales: Del análisis de los medios probatorios

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

aportados al proceso se determina que, con los documentos de fojas siete y ocho, se acredita que ambas partes no tienen bienes 15 Artículo 350 del Código Civil: “... Si se declara el divorcio por 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 asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.” inscritos a su nombre. Sin embargo de folios 09 a 26 se advierte un certificado literal del inmueble ubicado asentamiento Humano Esperanza Alta Mz. K Lte. 17- Chimbote-Del Santa- Ancash, el mismo que tiene como titulares del predio a don Uldarico Victor Llanos Muñoz y doña Margarita Isabel Sevillano Quijano, siendo inscrito como tal con fecha 16 de setiembre de 1999, esto es antes de la celebración del matrimonio civil contraído con la demandante, hecho que no alcanza a la sociedad de bienes gananciales si no a bienes propios del demandado; es decir que no existen bienes de propiedad de la sociedad conyugal, siendo esto así y no existiendo ningún bien social que dividir, este Despacho se encuentra relevado de pronunciarse sobre este extremo.----- Por estas consideraciones al amparo de lo dispuesto por la Ley número 27495 que adiciona el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil y artículo 345 y 345-A del mismo cuerpo legal.- Administrando Justicia a Nombre de la Nación.----- III. PARTE RESOLUTIVA:

FALLO: Declarando FUNDADA la demanda de fojas de fojas treinta y nueve a cuarenta y tres y escrito de subsanación de folios cuarenta y ocho a cuarenta y nueve, interpuesta por doña Alina Mercedes Silva Espinoza en contra de don Uldarico Víctor Llanos Muñoz sobre Divorcio por la causal de Separación de Hecho; en consecuencia, por el mérito de lo actuado Se Resuelve: -- A) Declarar la disolución del vínculo matrimonial contraído por don Uldarico Víctor Llanos Muñoz y doña Alina Mercedes Silva Espinoza por ante la Municipalidad Distrital de Nuevo Chimbote – Santa-Ancash el 28 de mayo del año 2011.- B) Declarar fenecido el Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales, el mismo que de conformidad con el artículo 1° de la Ley número 27495 se retrotraerá a la fecha en que se produce la separación de hecho, es decir, dos mil trece; perdiendo los ex – cónyuges el derecho de heredar entre sí.----- C) DETERMINASE el CESE RECIPROCO de la obligación alimentaria entre los cónyuges.----- D) No se señala Régimen Patrimonial alguno al no existir bienes sociales que deba de someterse a la

liquidación o partición alguna entre las partes en litis.----- E) SEÑALASE por concepto de indemnización por el daño causado, la suma ascendente a CINCO MIL SOLES, los que serán abonados por el demandado Uldarico Víctor Llanos Muñoz a favor de la demandada, doña Alina Mercedes Silva Espinoza . — F) En caso de no ser apelada la presente sentencia, ELEVESE en consulta a la Superior Sala Civil de la presente resolución; y hecho que sea, ejecutada la misma, archívese en el modo y forma de ley.- Notifíquese conforme a ley.-----

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

**ANEXO 5: EXPEDIENTE N° 01223-2013-0-2501-JR-FC-02**

RESOLUCIÓN NÚMERO: DIECISIETE

Chimbote, diecisiete de agosto

Del año dos mil diecisiete.

I. PARTE EXPOSITIVA:

VISTOS: Con los presentes actuados para expedir la resolución que corresponde; Resulta de autos:

**3. Petitorio:**

Doña Elizabeth Judith Morales Peláez, con los documentos de fojas tres a nueve, escrito de demanda de fojas once a catorce, recurre a este despacho a fin de solicitar se declare el divorcio por la causal de separación hecho y se ordene que el demandado acuda a su hija Elizabeth Judinick Valverde Morales con una pensión de alimentos ascendente a la suma de trescientos soles (S/. 300.00), con costas y costos del proceso; acción que la dirige en contra de don Luis Alberto Valverde Vernaza y el Ministerio Público.

**4. Fundamentos de la parte Demandante:**

La parte demandante conforme al escrito de demanda antes referido, sustenta su pretensión en que:

2.1. Con el demandado contrajeron matrimonio civil ante la Municipalidad Distrital de Santa, provincia Del Santa, departamento de Ancash, el 20 de mayo del año 1983, que producto de dicha relación han procreado a sus hijas Adriana Joan Valverde Morales, nacida el 29 de diciembre de 1983, y Elizabeth Judinick Valverde Morales, nacida el 28 de noviembre de 1996, fijando su domicilio conyugal en Jr. Ladislao Espinar N° 749-Chimbote, en el cual a la fecha vive junto con sus hijas.

2.2. Refiere que en el año 1997 aproximadamente el demandado viajó al extranjero a fin de laborar y cubrir las necesidades básicas de sus hijas y de su esposa; sin embargo, precisa que el demandado se olvidó del plan inicial por el cual viajó a España, dejándolas desalentadas y decepcionadas, ante tal situación su persona decidió seguir luchando para apoyar y ayudar a sus hijas.

2.3 Señala que ante el abandono moral y económico de parte de su cónyuge trató de comunicarse con él para saber el estado en que se encontraba y su paradero, quien siempre le refería que estaba bien y que pronto las visitaría, siendo que el venir al Perú no les brindó el apoyo que requerían, estando acreditado que han transcurrido

más de 17 años de separación de hecho entre su persona y el demandado.

2.4 Manifiesta que de la Ficha de Inscripción en RENIEC que adjunta a su demanda, se desprende que el demandado con fecha 12 de mayo de 2000 hace cambio de domicilio real con lo que una vez más queda acreditada la separación de hecho.

2.5 Asimismo señala que con respecto a los alimentos entre las partes no hubo demanda alguna, ninguno pidió alimentos conforme a ley, tampoco se le pidió para sus hijas, esperó que el demandado voluntariamente cumpla su deber lo cual no sucedió, por lo cual renuncia a los alimentos que le pudiera corresponder en su condición de esposa, solicitando que respecto a su hija Elizabeth Judinick Valverde Morales, se fije una pensión de alimentos en la suma de trescientos soles (S/. 300.00), solicitando además la tenencia de su hija antes mencionada y que se fije al demandado un régimen de visitas.

2.6 Por último, señala que durante su matrimonio no han adquirido bienes muebles ni inmuebles y que siendo la cónyuge perjudicada deberá ser indemnizada con la suma de ocho mil soles (S/. 8,000.00).

**3. Fundamentos del Ministerio Público:**

Conforme al escrito de fojas diecinueve a veinte, la señorita Representante de la Tercera Fiscalía de Familia, sostiene que del escrito de demanda se aprecia que la causal invocada por la demandante no refiere nada grave y veraz que permita al órgano jurisdiccional declarar el divorcio solicitado a favor de la accionante, por lo que de acuerdo a sus atribuciones opina que no existen elementos suficientes y fehacientes para dar crédito a la pretensión de la demandante.

**4. Fundamentos del codemandado Luis Alberto Valverde Vernaza:**

El demandado fue declarado rebelde mediante resolución número siete de fojas 66/67.

**5. Puntos Materia de Prueba:**

- Determinar la constitución del hogar conyugal o en su caso el último domicilio que ambos cónyuges fijaron.
- Determinar si corresponde declarar judicialmente el divorcio entre la demandante y demandado sustentada en la causal de Separación de Hecho de los cónyuges por el lapso mayor a los cuatro años ininterrumpidos.
- Determinar si el accionante se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias si las hubiese.
- Determinar la pensión de alimentos de Elizabeth Judinick Valverde Morales.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

- Determinar quién se retiró del hogar conyugal y la fecha en qué se produjo la separación.
- Determinar qué bienes muebles e inmuebles adquirió la sociedad de gananciales, y si corresponde se proceda a su liquidación.
- Determinar si existe cónyuge perjudicado y si corresponde indemnizarlo.

### II. PARTE CONSIDERATIVA:

#### 2.1. De la Tutela Jurisdiccional Efectiva:

La tutela jurisdiccional efectiva constituye un derecho fundamental de la persona reconocida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; y, para ello una persona, “...en ejercicio de su derecho de acción, puede interponer una demanda para la obtención o reconocimiento de un derecho según su pretensión, el que deberá estar amparado en la Ley y en los hechos...”<sup>42</sup>; de allí que el demandante, al interponer la presente demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; y, al ser admitida a trámite por el órgano jurisdiccional, está haciendo efectivo su derecho al acceso a la justicia. Sin embargo, tal derecho “...es un concepto abstracto distinto a la relación material discutida en el proceso y, se agota cuando las partes mediante el derecho de acción hacen valer sus pretensiones al incoar la demanda, contestar la misma, al reconvenir y de acuerdo a otras formas procesales para hacerla valer conforme prevé la ley procesal, por tanto el sentido del fallo justo o injusto no depende de esta institución procesal sino de otras categorías sustanciales y procesales que se desenvuelven en el proceso y terminan con la sentencia.”<sup>43</sup>.-----

#### 2.2. De los presupuestos procesales y las condiciones de la acción:

“El derecho de acción, en virtud del cual, cualquier persona tiene el derecho de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente, tiene requisitos que cumplir, los cuales son: a) Los presupuestos procesales; y, b) Las condiciones de la acción; lo que explica el por qué el Código Procesal Civil, en sus artículos 426 y 427, ha facultado al Juez la verificación del cumplimiento de estos requisitos al momento de interponerse la

demanda; siendo su insatisfacción causal para declarar ya sea la inadmisibilidad de la demanda o su improcedencia, según sea el caso...”<sup>44</sup>.

Es, conforme al artículo 121 del Código Procesal Civil que en su parte in fine faculta al Juzgador, como última posibilidad, el re-examinar tales requisitos a efectos de posibilitar un pronunciamiento válido; y, en el caso de autos se determina que: a) La pretensión de la parte accionante se encuentra respaldada en norma sustantiva prevista en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, adicionado por la Ley número 27495; b) Con la copia del Documento Nacional de Identidad de fojas dos se acredita la capacidad procesal de la parte demandante y con el acta de matrimonio de fojas tres, se acredita su legitimidad activa a efectos de solicitar el divorcio por la causal de separación de hecho, en tanto la norma invocada en el acápite precedente, establece que en el caso de la causal de separación de hecho, no resulta de aplicación lo previsto en el artículo 335 del citado cuerpo legal, en cuanto establece que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio<sup>45</sup>; c) La parte demandante con los documentos de fojas dos a nueve, acredita legítimo interés para solicitar al órgano jurisdiccional se declare el divorcio por la causal invocada en tanto, afirma que con la demandada se encuentran separados desde el año 1997; d) Este Despacho es competente para el conocimiento de la presente causa de conformidad con lo establecido por el inciso a del primer párrafo del artículo 53 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial concordante con el inciso 2 del artículo 24 del Código Procesal Civil<sup>46</sup>; e) Se han cumplido con los requisitos del artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil; determinándose en consecuencia, que se ha verificado correctamente con los presupuestos procesales y las condiciones necesarias de la acción, a efectos de emitir un pronunciamiento de fondo válido.

<sup>44</sup> Casación N° 4734-2006/Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 30/05/2008, Pág. 22113-22114. Citado por Alberto Hinostroza Mínguez: Ob. Cit. Pág: 104-105.

<sup>45</sup> Casación N° 220-2004/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 01/06/2006. Citado por PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. “Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil”-Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima – 2008. Pág. 185.

<sup>46</sup> Artículo 24 del Código Procesal Civil: “Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante: 2. El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad;...”.

<sup>42</sup> Casación N° 1697-2000/Santa, publica en el Diario Oficial El Peruano del 31/07/2001, Pág. 7573. Citado por Alberto Hinostroza Mínguez en su obra. COMENTARIOS AL CODIGO PROCESAL CIVIL T-I. 3° Ed.; Ideosa; Lima-2010. Pág: 105.

<sup>43</sup> Casación N° 1864-96/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 16/05/1998, Pág. 1043-1044. Citado por Alberto Hinostroza Mínguez: Ob. Cit.. Pág: 32

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

2.3. De la preexistencia del Matrimonio Civil y de la existencia de hijos matrimoniales:

Con el acta de matrimonio de fojas tres, se acredita que don Luis Alberto Valverde Vernaza y doña Elizabeth Judith Morales Peláez contrajeron matrimonio civil el día 20 de mayo de 1983 por ante la Municipalidad Distrital de Santa, Provincia del Santa, departamento de Ancash; y de dicha relación matrimonial han procreado a sus hijas Adriana Joan Valverde Morales y Elizabeth Judinick Valverde Morales, quienes en la actualidad tienen treinta y tres y veinte años de edad, conforme se acredita con las partidas de nacimiento que obran a folios 04 y 05.

2.4. Del requisito de procedibilidad:

El artículo 345 – A del Código Sustantivo, incorporado por la Ley número 27495 establece que para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333 antes referido, el demandante deberá acreditar que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas de mutuo acuerdo; siendo ello así, resulta evidente que la norma acotada establece un requisito de procedibilidad para la interposición de la presente acción cuyo cumplimiento deberá ser analizado por el A'quo.

En el caso de autos, del análisis de los medios probatorios aportados al proceso, se determina que no se ha acreditado en autos, la existencia de sentencia u orden judicial, menos la existencia de compromiso extrajudicial que obligue a la hoy demandante el cumplimiento de una pensión alimenticia a favor del hoy cónyuge demandado o de los hijos habidos en el matrimonio; de allí que la demandante se encuentra exceptuada del cumplimiento de dicho requisito de procedibilidad.-----

2.5. De la Separación de Hecho:

La separación de hecho “...es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos”<sup>47</sup>; de allí que, para los efectos del presente proceso, deberá de analizarse si los hechos cumplen el elemento material, subjetivo y temporal que tipifica la presente causal y si, la accionante ha cumplido con el requisito de procedibilidad a que se refiere la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la

Ley número 27495; es decir, que la separación no se produzca por razones laborales o que no se deba a un grave peligro para la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges. No obstante ello y si bien, doctrinariamente se ha establecido como presupuestos de la causal que nos ocupa los elementos antes referidos, también lo es que del análisis del inciso 12 del artículo 333 adicionado por la Ley tantas veces acotada, se verifica que sólo se alude a dos elementos constitutivos a saber: a) El elemento objetivo, determinado por el hecho objetivo del alejamiento de ambos cónyuges y b) El elemento temporal, determinado por los dos años si es que no existen hijos menores de edad, caso contrario dicho plazo se convierte en cuatro. Determinándose de conformidad con lo previsto por el artículo 345– A, que el elemento subjetivo sólo se tendrá en cuenta para los efectos de determinar al cónyuge perjudicado en atención al requisito de procedibilidad o la indemnización por daños, allí establecida.

2.6. De la constitución del Domicilio Conyugal<sup>48</sup>: La demandante sostiene que el hogar conyugal se estableció en el inmueble ubicado en Jr. Ladislao Espinar N° 749-Chimbote; siendo que de la revisión del acta de nacimiento de la hija mayor de las partes, esto es de Adriana Joan Valverde Morales, nacida el 29 de diciembre de 1983, se advierte que tanto la demandante como el demandado señalan como domicilio “Espinar N° 749”, por lo cual se presume que en dicho domicilio constituyeron su domicilio conyugal.

2.7. Del elemento objetivo de la causal:

Constituida por la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad de la convivencia, que sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal y que viola el deber de cohabitación que obliga el matrimonio; siendo que de la revisión de los medios probatorios aportados al proceso, se verifica que:

A) La parte accionante afirma en su escrito de demanda que en el año 1997 aproximadamente el demandado viaja al país de España para trabajar en pro del bienestar de la familia; sin embargo no cumplió con lo antes señalado viéndose abandonada moral y económicamente.

<sup>48</sup> “La separación de hecho supone la violación del deber de cohabitación, deber que impone a ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal; el mismo que se constituye en aquél en el cual los cónyuges viven de consuno”. IDEM. Pág. 52

<sup>47</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F: Ob. Cit. Pág. 48

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

B) La demandante refiere acreditar su dicho con el certificado de inscripción de RENIEC del demandado, de fecha 11 de junio de 2013, en el cual se aprecia que figura como fecha de inscripción: “12/05/2000”; como lugar de inscripción:

“EUROPA/ESPAÑA/BARCELONA”; y como dirección: “CL.SORD 28 ENT.1 CP 08024”; asimismo de la copia del Documento Nacional de Identidad del demandado que obra a fojas 140, se advierte que este fue expedido el 31 de mayo de 2008, con fecha de caducidad 31 de mayo de 2016, figurando como su dirección la antes señalada, ubicada en la ciudad de Barcelona, país de España.

C) Lo anterior determina que el demandado domicilia en Barcelona – España y no en el domicilio conyugal, en el cual continúa viviendo la demandante, como es de verse de la copia de su documento nacional de Identidad de fojas 2, en el cual figura como dirección Jr. Espinar 749, distrito de Chimbote, provincia de Santa, departamento de Ancash; siendo esto así está acreditada la existencia de la separación entre los cónyuges.

D) Cabe señalar que de conformidad con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, “Para efectos de la aplicación del inciso 12 del Artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”. Si bien en el presente caso la demandante refiere que el demandado viajó al extranjero por motivos laborales, también lo es que refiere que el demandado no cumplió con sus obligaciones alimentarias, de ahí que como pretensión accesoria de la presente demanda pretende se ordene al demandado que acuda a su menor hija con una pensión de alimentos; no habiendo el demandado acreditado el cumplimiento de la obligación alimentaria para con su hija menor de edad, de ahí que corresponda que la separación entre la demandante y el demandado sea considerada como una separación de hecho.

### 2.8 Del Elemento Temporal de la causal:

Constituida por la permanencia en el tiempo de una separación de hecho, de allí que, resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal; en el presente caso si bien conforme lo

expuesto en los fundamentos que anteceden estaría acreditada la separación de hecho entre las partes es preciso determinar la fecha de inicio de la separación y el tiempo de la misma, siendo que de los medios probatorios se advierte lo siguiente:

A) Si bien la demandante refiere que la separación de hecho se produjo en el año 1997, no está acreditado que en dicho año el demandado Luis Alberto Valverde Vernaza se haya ausentado del domicilio conyugal; siendo que si está acreditado que al 12 de mayo del año 2000 este radicaba en la ciudad de Barcelona, en el país de España, por lo cual corresponde que se considere como fecha de inicio de la separación de hecho el 12 de mayo de 2000 y no el año 1997.

B) De la copia legalizada notarialmente del pasaporte del demandado que corre a fojas 141, se advierte que este fue expedido el 29 de abril de 2015, en el Consulado General del Perú en Barcelona; asimismo se verifica que el demandado regresó al Perú el 10 de junio de 2015; presumiéndose que radicó en el país de España desde el 12 de mayo de 2000 hasta el 10 de junio de 2015.

C) Del escrito de fojas 142, mediante el cual el demandado se apersona al proceso refiere que por asuntos de trabajo estuvo radicando en España, que por la distancia y economía no pudo comparecer oportunamente, lo que motivó que se le declarara rebelde; asimismo refiere: “en mi condición no tengo ningún inconveniente que su Juzgado resuelva lo solicitado por la accionante, limitándome a apersonarme al proceso acreditando mi retorno al país, específicamente a la ciudad de Chimbote, para lo cual adjunto copia legalizada de pasaporte de la que se desprende la fecha de ingreso es decir el 10 de junio del 2015”, señalando como su domicilio real en AA.HH. Villa España Mz. B, Lt. 1; lo que permite corroborar la presunción a la que se arribó en el considerando anterior, esto es que el demandado desde el 12 de mayo de 2000 en que se inscribió en RENIEC en Barcelona – España, ha radicado en dicho país hasta el 10 de junio de 2015; así como también permite colegir que el demandante a su regreso al país no retornó al domicilio conyugal, continuando separado de hecho de la demandante.

### 2.9. Respecto al Cómputo del Plazo:

A) El artículo 333, inciso 12 del Código Civil, establece que: “Son causas de separación de cuerpos: 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335”.

B) Conforme al artículo antes citado el plazo para el cómputo de la separación de hechos será de dos años y de cuatro años si hay hijos menores de edad.

C) Atendiendo a lo establecido en el considerando 2.8, se tiene como fecha de la separación de hecho el 12 de mayo de 2000, fecha en la cual las hijas de las partes, Adriana Joan y Elizabeth Judinick tenían 16 y 3 años de edad, respectivamente; por lo que el plazo para que se configure la separación de hecho, conforme lo establecido en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, es de cuatro años, consecuentemente, a la fecha de ingreso de la demanda de fojas 11, el 17 de setiembre de 2013, el plazo de cuatro años ya se había cumplido, llevando a dicha fecha las partes más de trece años de separados; lo que determina que se ha cumplido el elemento temporal.

2.10. De la existencia del cónyuge más perjudicado con la separación:

2.10.1. El segundo párrafo del artículo 345 – A del Código Civil, incorporado por la Ley número 27495 dispone que “El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho”; teniendo en consideración que todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable, este despacho deberá pronunciarse, sobre si uno de los cónyuges ha resultado más perjudicado por la misma, en base a los medios probatorios aportados al proceso.

2.10.2. Sobre el Precedente Judicial Vinculante:

De conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil<sup>49</sup>, debe tenerse en cuenta la sentencia dictada por el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil

<sup>49</sup> Artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el Art. 1° de la Ley N° 29364, publicado el 28 mayo 2009: *Precedente judicial: “La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”*

Transitoria<sup>50</sup>; en cuyo segundo párrafo del fallo, acápite 3.4., se determina “En todo caso el juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.” Aún más, en el párrafo cuarto se determina que para “... una decisión de oficio o a instancia de partes sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse 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; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar, 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 relevantes.”<sup>51</sup>.

2.10.3 Cabe señalar que en la STC recaída en el Expediente N° 00782 2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “El deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, no autoriza al Juez, en ningún caso, a fijar discrecionalmente una indemnización a favor de un supuesto cónyuge perjudicado, si es que este no ha denunciado algún perjuicio, ni existe prueba alguna en este sentido; o peor aún, si el interesado expresamente ha renunciado a tal pretensión o fue declarado en rebeldía. Si a pesar de tales circunstancias, el juzgador impusiera el pago de una indemnización, incurriría en una grave violación del principio de congruencia; puesto que, no solo habría aplicado el derecho no invocado, sino, fundamentalmente, habría incorporado hechos al proceso. Tal proceder judicial atenta directamente, además, con garantías esenciales de la administración de justicia, contenidas en el artículo 139 de la Constitución, como son la imparcialidad judicial y el derecho de defensa”. (F.J. 12, subrayado agregado). En aplicación de lo expuesto por el

<sup>50</sup> Casación N° 4664-2010-Puno (18/03/2011)

<sup>51</sup> ALFARO VALVERDE, Luis: “La indemnización en la separación de hecho: Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal”; 1° Edición; gaceta Jurídica SA; Lima-2011 Pág. 211

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

máximo intérprete no será posible fijar una indemnización a favor de un supuesto cónyuge perjudicado si no existe prueba alguna en este sentido.

2.10.4 En el presente caso, la demandante sostiene ser la cónyuge perjudicada con la separación de hecho porque al viajar el demandado al extranjero la dejó en desamparo moral y económico.

2.10.5 De lo actuado en el proceso está acreditado que la separación de hecho entre la demandante y el demandado Luis Alberto Valverde Vernaza se produjo como consecuencia del viaje de este último al país de España, habiéndose determinado que la separación de hecho se produjo el 12 de mayo de 2000, cuando las hijas habidas dentro del matrimonio Adriana Joan y Elizabeth Judinick tenían 16 y 3 años de edad, respectivamente.

2.10.6 De lo antes expuesto resulta evidente que ante la separación de hecho la demandante asumió la tenencia y custodia de sus hijas menores de edad, habiéndose dedicado a su hogar, a diferencia del demandado quien por encontrarse en el extranjero dejó de brindar cuidados y protección a sus menores hijas; siendo que a través de la presente demanda la demandante pretende se ordene al demandado acudir a la última de sus hijas con una pensión de alimentos, siendo que habiéndose apersonado el demandado al proceso tan solo ha referido que no tiene inconveniente en que se resuelva lo solicitado por la accionante, sin pronunciarse respecto de si viene acudiendo a la última de sus hijas con los alimentos, lo que hace presumir que este no ha estado cumpliendo con la obligación alimentaria a su cargo; por lo expuesto si bien la demandante no ha acreditado sufrir afectación emocional con motivo de la separación de hecho, corresponde se le considere como cónyuge perjudicada y se ordene al demandado le haga pago de una indemnización por la suma de S/. 1,000.00 soles.

2.10.7 Con respecto al demandado, cabe señalar que este no ha denunciado ningún perjuicio como consecuencia de la separación.

### 2.11. De las Pretensiones Accesorias:

El artículo 345 del Código Civil prescribe que, en caso de separación de hecho, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia; y, en el caso de autos, se advierte que Elizabeth Judinick Valverde Morales, si bien a la fecha cuenta con 20 años, sin embargo a la interposición de la demanda contaba con 16 años de edad, habiendo solicitado la demandante

que el demandado acuda a la antes mencionada con una pensión de alimentos por la suma de S/. 300.00 soles mensuales.

2.11.1 De los alimentos para Elizabeth Judinick Valverde Morales:

A) Con el acta de nacimiento de fojas 5, está acreditado que Elizabeth Judinick Valverde Morales, nacida el 28 de noviembre de 1996, es hija matrimonial del demandante y en consecuencia este tiene el deber de asistirle con los alimentos conforme lo establecido en el artículo 423 inciso 1 del Código Civil, según el cual son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: “Proveer al sostenimiento y educación de los hijos”.

B) De conformidad con el artículo 481 del Código Civil, los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos.

C) En el presente caso, dado que la presente demanda se interpuso cuando Elizabeth Judinick Valverde Morales tenía 16 años de edad, esta por su edad se encontraba en un estado de vulnerabilidad que no le permitía satisfacer por sí misma sus necesidades de alimentos, siendo que debido a su minoría de edad su estado de necesidad se presume no siendo necesario acreditarlo.

D) Con respecto a las posibilidades del demandado cabe señalar que este no ha acreditado adolecer de incapacidad física ni mental que le impida realizar actividad laboral a fin de generar ingresos económicos y satisfacer la necesidad de alimentos de su hija antes mencionada, de ahí que se presume que cuenta con posibilidades para asistirle con la pensión de alimentos pretendida por la demandante en la suma de S/. 300.00 soles.

2.11.2 De la tenencia y régimen de visitas:

Estando que a la fecha las hojas matrimoniales son mayores de edad, este Juzgado se encuentra relevado de pronunciarse respecto de este extremo. Cabe precisar que no se fija alimentos a favor de Adrian Joan Valverde Morales, toda vez que esta a la fecha de interposición de la presente demanda era mayor de edad.

2.11.3. De los Alimentos de los cónyuges:

Para determinar la procedencia de la aplicación de la regla general del artículo 350 del Código Civil, es decir, que por el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer; deberá analizarse si uno de los cónyuges está incurso en alguna de las causales de excepción previstas en la norma antes referida<sup>52</sup>; siendo que del análisis de

<sup>52</sup>Artículo 350 del Código Civil: “...Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

los medios probatorios aportados al proceso, se tiene que ni la demandante ni el demandado han alegado, ni demostrado tener alguna incapacidad que les imposibilite satisfacer sus necesidades, entendiéndose que pueden valerse y subvenir sus necesidades por sí mismos, no encontrándose incursos en los supuestos de excepción del artículo 350 del Código Civil, por lo que corresponde se declare el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 353 del Código Civil, “Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí”, por lo cual corresponde también se declare la pérdida del derecho hereditario entre la demandante y el demandado.

2.11.2 Del fenecimiento de la sociedad de gananciales:

De conformidad con el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, “Fenece el régimen de la sociedad de gananciales: 3. Por divorcio”. En aplicación del artículo antes citado, atendiendo a que en el presente proceso se ha determinado que corresponde se declare el divorcio entre la demandante y el demandado corresponde asimismo se declare el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Cabe señalar que de conformidad con la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, “La presente Ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta Ley”; siendo esto así estando a que la separación de hecho materia de autos ya existía a la fecha de entrada en vigencia de la ley antes mencionada, corresponde que se declare el fenecimiento de la sociedad de gananciales a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 27495, esto es a partir del 8 de julio de 2001.

Con respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales cabe mencionar que según lo expuesto por la demandante durante la vigencia del matrimonio no adquirieron bienes muebles ni inmuebles, ofreciendo como medio probatorio la búsqueda negativa del registro de predios a nombre de su persona, la misma que corre a fojas 8; el Juzgado como medio probatorio de oficio dispuso se oficie a Registros Públicos a fin que

informe sobre los bienes que pertenezcan a la sociedad conyugal siendo que de las constancias de fojas 106, 128 y 129, se advierte que realizada la búsqueda en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° VII – Sede Huaraz, no se encontró propiedad a nombre de Luis Alberto Valverde Vernaza; asimismo realizada la búsqueda en el Registro de Propiedad Vehicular de la misma zona registral no se encontró propiedad a nombre de Luis Alberto Valverde Vernaza ni de Elizabeth Judith Morales Peláez; siendo que en cuanto a la demandante del resultado de búsqueda de fojas 107, aparece como participante de una propiedad inmueble inscrita en la Partida N° 11003564, Ficha N° 0000024288, Tomo 00089 y Folio N° 000076; las mismas que obran de fojas 116/125, de cuya revisión se advierte que corresponde al inmueble ubicado en Jr. Ladislao Espinar N° 749-751, Manzana 41, Lotes 29A, 29B y 29C – Chimbote, de propiedad de don Alejandro Rojas Huallpamca y doña Adriana Peláez Paredes, el cual se encontraba inicialmente inscrito en el Tomo 00089 y Folio N° 000076, el mismo que pasó a ser de propiedad de Oscar Alejandro Rojas Peláez, en mérito al anticipo de legítima otorgado a favor de este por sus anteriores propietarios, quedando registrado en la Ficha N° 0000024288, advirtiéndose que las Tiendas N° 201 y N° 202, del inmueble antes mencionado fueron independizadas en las Partidas Electrónicas N° 11003554 y N° 11003564, respectivamente, no siendo posible determinar a partir de dicha información que la Tienda N° 202 inscrita en la Partida Electrónica N° 11003564, en la cual según el resultado de búsqueda de fojas 107 la demandante aparece como participante, sea de su propiedad, así como tampoco su fecha ni el título de la adquisición, de ahí que tampoco se pueda determinar si se trata o no de un bien de la sociedad conyugal, por lo cual no cabe pronunciamiento alguno en este extremo, dejando salvo el derecho de las partes de accionar en la vía correspondiente.

### III. PARTE RESOLUTIVA:

Por estas consideraciones, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, impartiendo justicia a nombre de la Nación SE RESUELVE:

Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por doña ELIZABETH JUDITH MORALES PELAEZ, contra don LUIS ALBERTO VALVERDE VERNAZA y el MINISTERIO PÚBLICO sobre divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia:

---

*imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.”*

**“CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER  
PLENO CASATORIO CIVIL”**

A) Se declara la disolución del vínculo matrimonial contraído por doña Elizabeth Judith Morales Peláez y don Luis Alberto Valverde Vernaza por ante la Municipalidad Distrital de Santa – Provincia Del Santa, Departamento de Ancash, el día veinte de mayo del año mil novecientos ochenta y tres.

B) Se declara fenecido el Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales a partir del ocho de julio de dos mil uno.

C) No se fija Régimen Familiar al no haber hijos matrimoniales menores de edad.

D) Se declara FUNDADA la pretensión de alimentos, en consecuencia, se ORDENA que don Luis Alberto Valverde Vernaza acuda a su hija Elizabeth Judinick Valverde Morales, con la pensión alimenticia mensual, adelantada y permanente de TRESCIENTOS SOLES (S/ 300.00) a partir del día siguiente de su notificación con la demanda, más el pago de intereses legales.- PREVENGASE al demandado que, en caso de incumplimiento del pago de TRES MENSUALIDADES de la pensiones alimenticias determinadas precedentemente, se PROCEDERA a su inscripción en el REDAM, conforme a lo previsto por la Ley N° 28970 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 002-2007-JUS.

E) Se declara el CESE de obligación alimentaria recíproca entre los cónyuges y la pérdida del derecho a heredar entre sí.

F) No se señala Régimen Patrimonial alguno al no haberse acreditado la existencia de bienes sociales que deban someterse a liquidación o partición alguna entre las partes en litis.

G) Se declara como cónyuge más perjudicado con la separación de hecho a la demandante Elizabeth Judith Morales Peláez; por lo cual se ORDENA que don Luis Alberto Valverde Vernaza le haga pago de una indemnización ascendente a la suma de MIL SOLES (S/. 1,000.00), por concepto de daños, más costas y costos del proceso.

En caso de no ser apelada la presente sentencia ELÉVESE en consulta a la Superior Sala Civil; y ejecutoriada que sea cúrsese los partes a la Municipalidad Distrital de Santa para los fines pertinentes, previo pago del arancel judicial respectivo por derecho a expedir partes judiciales, y hecho que sea ejecutada la misma, archívese en el modo y forma de ley. Notifíquese conforme a ley.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

### ANEXO 6: RECOMENDACIONES

Se recomienda la incorporación del artículo 345-B al Código Civil Peruano a efectos de proponer criterios para fijar la cuantía indemnizatoria en el divorcio por causal de separación de hecho más allá del Tercer Pleno.

#### 6.1.1. PROYECTO DE LEY

**SUMILLA: LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 345- B AL CÓDIGO CIVIL PERUANO INCORPORANDO CRITERIOS PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA**

#### DATOS DEL AUTOR

La ciudadanía de Estado que suscribe, en uso de la iniciativa legislativa que confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, propone el siguiente Proyecto de Ley:

#### FORMULA LEGAL

El Congreso de la República  
Ha dado la siguiente Ley:

**LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 345- B AL CÓDIGO CIVIL PERUANO INCORPORANDO CRITERIOS PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL**

#### DISPOSICIONES GENERALES

##### Artículo 1°: Objeto de la Ley

La presente ley tiene por finalidad que al momento de otorgar un monto indemnizatorio se apliquen criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, a efectos de garantizar una adecuada indemnización a favor del cónyuge perjudicado.

##### Artículo 2°: La indemnización

Para fines de la presente ley, se entenderá como indemnización, a la prestación, que tiene como fuente a la ley, siendo impuesto por el ordenamiento jurídico.

##### Artículo 3 °: Indemnización en la separación de hecho

La indemnización debe ser otorgada a favor del cónyuge más perjudicado, no mediando analizar culpabilidad alguna, analizándose de forma objetiva el desequilibrio económico el cual resulta objetivamente de la misma separación de cuerpos y el divorcio.

##### Artículo 4 °: Separación de Hecho

La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de

cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos.

##### Artículo 5 °: Desequilibrio económico

El desequilibrio económico es el supuesto básico para otorgar la indemnización, entendida como el empeoramiento de la situación económica de unos de los cónyuges con respecto al otro, tras la separación de cuerpos y el divorcio, lo cual no le permite afrontar las adversidades que se le presentarán.

##### Artículo 6°: Cónyuge perjudicado

El cónyuge perjudicado, es aquel que tras la separación o el divorcio le ocasiono un desequilibrio económico con respecto a la posición del otro cónyuge, implicando para este un considerable empeoramiento de su situación en comparación a la conllevada durante el matrimonio.

#### INCORPORACION DEL ARTICULO 345- B AL CODIGO CIVIL PERUANO

##### Artículo 7°: Incorporación del artículo 345- B del Código Civil

Incorpórese el artículo 345- B del Código Civil en lo siguiente términos:

##### Artículo 345- B.- Criterios para fijar la cuantía indemnizatoria

El juez para velar por la inestabilidad económica del cónyuge perjudicado, tendrá en cuenta para fijar la cuantía indemnizatoria especialmente los siguientes criterios:

1. Patrimonio e ingresos de los cónyuges después de la separación de hecho
2. Duración de la relación conyugal
3. Posibilidades de acceso al mercado laboral o desarrollo de actividad lucrativa
4. La edad y de salud del cónyuge que ostenta el desequilibrio económico
5. La eventual pérdida de los derechos previsionales
6. La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge, entre otros criterios que el juez considere pertinente al caso concreto.

#### DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL:

ÚNICA: La presente Ley se aplica inclusive a las separaciones existentes al momento de su entrada en vigencia.

Dando cuenta al Presidente del Congreso de la República, para su promulgación.

DANIEL ENRIQUE SALAVERRY VILLA  
Presidente del Congreso de la República  
CHIHUÁN RAMOS LEYLA FELÍCITA

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

### **POR TANTO:**

Mando se publique y cumpla

En Lima a los ...del mes de... del año...

### **6.1.2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PARA CONFIGURACIÓN DE LA PROPUESTA**

La presente iniciativa legislativa tiene como objeto incorporar, en nuestra legislación peruana, criterios para fijar la cuantía indemnizatoria más allá del Tercer Pleno a efectos de otorgarse una adecuada indemnización a favor del cónyuge más perjudicado, entendido a este como el cónyuge que ostenta el desequilibrio económico tras la separación de hecho y el divorcio.

La figura de la separación de hecho, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 27495, vigente desde el 08 de julio del 2011, como una causal de divorcio que depende de la decisión unilateral por uno de los cónyuges de dar por finalizado el vínculo matrimonial, el cual se diferencia de las otras causales que dependen del incumplimiento de los deberes matrimoniales.

El Tercer Pleno señala en el fundamento 33 que:

“La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos”

Resaltando en su fundamento 34 que su “naturaleza jurídica de la causal, prima facie, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica”; cuyos elementos que lo distinguen son: el elemento objetivo entendido el cual se configura con el cese definitivo de la vida matrimonial, esto es, el apartamiento de los cónyuges por voluntad, sea de uno o de acuerdo de ambos; el elemento subjetivo que es el ánimo de interrumpir, por uno o ambos cónyuges, el regular desarrollo de la convivencia matrimonial mediante la separación; y el elemento temporal que está delimitado por el plazo de separación entre ambos cónyuges, posterior a la ruptura de la convivencia conyugal, debiendo pasar dos años en la situación que no existan hijos menores de edad y cuatro si es que los hay (Cabello, 2001). No obstante, cabe

precisar que elemento subjetivo de la separación de hecho únicamente es considerado para determinar la improcedencia de la demanda de divorcio y no para ser considerado como justificación de que existe dolo o culpa, dado que la naturaleza misma de esta causal, no admite culpabilidad alguna atribuible a unos de los cónyuges.

Nuestro código civil en el artículo 345-A hace referencia que el juez debe velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado tras la separación de hecho, debiendo para ello fijar una indemnización por daños, incluyendo al daño personal. Esto nos conlleva a inferir que, tras la separación y el divorcio, el cónyuge puede ostentar un desequilibrio económico. En consecuencia, no resulta adecuado afirmar que el cónyuge más débil ha sufrido un daño. No debiéndose afirmar que el causante de ese menoscabo sea uno de los cónyuges. La ley obliga a indemnizar por cuanto el divorcio provoca un desequilibrio que tiene su causa u origen última en cómo se desarrolló la convivencia matrimonial, no importando por qué el cónyuge acreedor decidió por dedicarse al cuidado de la familia y el hogar, abandonando su pleno desarrollo profesional o laboral (Alfaro, 2012).

En ese sentido el fundamento 64 del Tercer Pleno, señala que “el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio.” En la doctrina española conceptualmente el término desequilibrio se manifiesta como una variación patrimonial negativa percibida por uno de los cónyuges con relación al otro, respecto a sus condiciones de vida materiales como resultado del divorcio (Campuzano, 1994). Siendo el supuesto primordial que determina y constituye el derecho de acceso a la pensión (entendida como compensación económica) con un punto de referencia: la posición de un cónyuge con respecto al otro, y una consecuencia: un empeoramiento de uno de los cónyuges, en su situación económica, en comparación con la situación que ostenta durante la vida matrimonial (Lasarte y Valdepuesta citado por Marcello, 2015).

En esa misma línea, la jurisprudencia española en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España N° 917/2008, de fecha 03 de octubre de 2008, recoge que el presupuesto básico

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

para la compensación económica (indemnización) es:

(...) el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio, en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Constituye su presupuesto esencial la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios.

Asimismo, Allueva (2015) haciendo un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia española, acerca del desequilibrio económico, refiere que se ha venido usando dos tipos de análisis e interpretación del término desequilibrio: por un lado una objetiva, siendo esta superada por la doctrina, y por el otro una subjetiva; con relación a la primera (objetiva) esta se caracteriza únicamente teniendo en cuenta la simple disminución patrimonial recaída en uno los cónyuges, tras la separación de hecho, con relación a la posición del otro cónyuge; dicho de otra forma, se atiende a un hecho objetivo, en la cual uno de los cónyuges ha experimentado una reducción de su patrimonio respecto del otro, quien aún conserva su patrimonio, y con la disfrutada (patrimonio) por ambos cónyuges mientras la convivencia matrimonial se mantuvo. Con relación a la segunda (subjetiva) agrega además que, a entendimiento de la doctrina, las circunstancias de convivencia son importantes para conceder, denegar o limitar la compensación, propiciando a nivel jurisprudencial la valorización subjetiva del desequilibrio económico, la cual postula que además de considerar la disminución patrimonial, debe también considerarse factores personales y subjetivos y conformadores de la vida familiar por ejemplo: el estado de salud, la edad, dedicación pasada o futura de la familia, entre otros, siendo de consideración la tesis subjetiva del desequilibrio económico, ya que no son únicamente simples parámetros para fijar el quantum de la indemnización, sino también

deben ser considerados como guía para establecer si existe o no desequilibrio económico.

Por otro lado, el Tercer Pleno, es un precedente judicial cuya decisión reviste de obligatoriedad para otros tribunales de igual o menor rango. En dicho precedente se desarrollaron diversas controversias con respecto a la naturaleza jurídica de la indemnización otorgada, que aspectos debe considerar el juez para identificar al cónyuge perjudicado, entre otros; no obstante lo que nos preocupa es que aún no se ha desarrollado, a nivel doctrinario ni jurisprudencial, los criterios que el juzgador ha de tener en cuenta para fijar la cuantía indemnizatoria; puesto que, si bien es cierto hace una mero intento de citar estos supuestos regulados en otra legislación como es la española, esto no es suficiente para su aplicación práctica en el ámbito jurídico por parte de los juzgadores así como de los abogados y de ser el caso para conocimiento de la ciudadanía.

Respecto a las deficiencias legales que subyacen del Pleno, las mismas están referidas al contenido esencial de los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, puesto que no existe un desarrollo jurídico, doctrinario y jurisprudencia al respecto, lo cual genera ciertas dudas, de su aplicación al caso en concreto; asimismo, es de precisar que, el Pleno, en su segundo párrafo del fundamento 74 establece que para la fijar la indemnización:

(...) se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.

Asimismo, posterior al pleno, después haber analizado y revisado en nuestro país, diversas investigaciones, jurisprudencia, así como la doctrinaria nacional, podemos señalar que aún no se ha abordado respecto a los criterios que permitan la cuantificación del monto de la indemnización y mucho menos se ha pretendido precedentemente alguna incorporación en nuestro ordenamiento jurídico.

## “CRITERIOS INNOVADORES PARA FIJAR LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MÁS ALLÁ DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL”

Por lo que, debemos tener en cuenta estas teorías: objetiva y subjetiva del desequilibrio económico, desarrolladas en una de las experiencias jurídicas más importante como la española, donde ha tenido mayor desarrollo en preocuparse por delimitar los fundamentos de los criterios para fijar la cuantía la indemnización a favor del cónyuge que tras separación y el divorcio ostento un desequilibrio económico; nos permitió identificar la esencia y fundamentos de nuestros criterios propuestos más allá del Tercer Pleno, es decir, de donde resultan, además de conocer cuál es el alcance de los mismos.

En ese sentido, la teoría objetiva, debe aplicarse en nuestra legislación u ordenamiento; debido a que el desequilibrio que busca necesariamente ser compensado, total o parcialmente, mediante la indemnización, alcanza a aquel desequilibrio de tipo patrimonial o económico que se produce tras la ruptura del vínculo matrimonial, corroborándose tal desequilibrio a través de la comparación de patrimonio de ambos cónyuges, aspecto o circunstancia que tanto el artículo 345-A del Código Civil y el Tercer Pleno exigen indemnizar, lo cual no se hace por parte de nuestro juzgadores. Asimismo es propicio postular también por la teoría subjetiva del desequilibrio, del que surgen otros de los criterios para indemnizar como: la edad y salud, colaboración, acceso al mercado laboral, pérdida de derecho previsional; estos también necesariamente deben ser considerados al momento de establecer la cuantía indemnizatoria, como resultado de ese desequilibrio, que en principio son independientes de la determinación del mismo; así también cabe hacer mención que estos aspectos subjetivos no están tajantemente relacionados o vinculados a condición de un factor de atribución como es el dolo o la culpa en uno de los cónyuges, ya que son situaciones o condiciones netamente personales, que subyacen de dentro de la vida matrimonial así como tras el divorcio; debiendo ser advertidas por el juez de manera objetiva puesto que deben ser probadas necesariamente.

### **Impactos en la legislación**

Con la presente propuesta legislativa, se propone establecer fundados y uniformes criterios que sirvan para fijar una adecuada cuantía indemnizatoria otorgada en la causal de separación de hecho, por parte de los jueces, lo cual permitirá dotar de seguridad jurídica al momento de emitir una sentencia, asegurando la idea de justicia en sus beneficiarios

### **Análisis costo-beneficio**

El proyecto de ley propuesto no produce gasto adicional al Estado, pues busca precisar los criterios para fijar la cuantía indemnizatoria más allá del Tercer Pleno con la finalidad de brindar una adecuada indemnización a favor del cónyuge perjudicado.